

Universidades Lusíada

Capitão, José Gonçalo de Areias, 1964-
Machado, Pedro

**Direito à tutela jurisdicional efectiva :
implicações na suspensão jurisdicional da eficácia
de actos administrativos**

<http://hdl.handle.net/11067/5043>
<https://doi.org/10.34628/yshh-pa21>

Metadados

Data de Publicação	1995
Palavras Chave	Tutela administrativa
Tipo	article
Revisão de Pares	yes
Coleções	[ILID-CEJEA] Polis, n. 03 (1995)

Esta página foi gerada automaticamente em 2023-05-04T16:33:38Z com
informação proveniente do Repositório

DIREITO À TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA — IMPLICAÇÕES NA SUSPENSÃO JURISDICCIONAL DA EFICÁCIA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. O direito à tutela jurisdiccional efectiva apresenta-se inegavelmente como elemento essencial do Estado de direito democrático ⁽¹⁾, erigido, por um lado, em garante da ideia de sujeição do poder a princípios e regras jurídicas e, por outro, em expressão da protecção dos cidadãos contra a prepotência, o arbítrio e a injustiça, especialmente por parte do Estado. Enquanto direito fundamental, o direito à tutela judicial efectiva não se limita, contudo, a ser um direito de defesa perante as ingerências estaduais ou privadas na esfera juridicamente protegida de cada cidadão ⁽²⁾; é também um

(*) Assistente da Universidade Lusíada e Advogado.

(**) Advogado.

⁽¹⁾ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA consideram que o acesso ao direito não é apenas instrumento da defesa dos direitos e interesses legítimos, «é também elemento integrante do princípio material da igualdade e do próprio princípio democrático, pois este não pode deixar de exigir também a democratização do direito» (cfr. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.^a ed., Coimbra, 1993, p. 162). V., numa perspectiva transpositivista da garantia do acesso ao direito consagrado no art. 20.º/1 da Constituição, MANUEL AFONSO VAZ, *Lei e Reserva da Lei — A Causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976*, Porto, 1992, pp. 196 e ss.. Este autor aborda a salvaguarda do «acesso ao direito», como dimensão da reserva do direito, já não no quadro das lacunas *praeter legem* e *praeter constitutionem* mas ao nível das lacunas *ultra jus positum* ou transcendentais, ou seja, daquelas que são descobertas e colmatadas pelo recurso a princípios e valorações ético-jurídicas suprapositivos (*ratio juris*).

⁽²⁾ A expressão «direito de defesa» não se encontra aqui empregue no sentido de *status negativus*, talqualmente proposto por JELLINEK, mas no sentido de «direito-garantia», pois não se trata tanto de um direito que implique um dever de abstenção por parte do Estado quanto de uma garantia contendo normas de competência ou regras de acção estadual funcionalmente dirigida à protecção de outros direitos, mas susceptível de interferir na esfera individual dos cidadãos e, em consequência, de tornar possível definir e recortar, a um nível individual, os interesses a proteger — ou seja, de autonomizar posições jurídicas subjectivas. V., assim, e por todos, VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1987, pp. 172 e 173.

direito a prestações porquanto impositivo das tarefas estaduais de promoção e/ou garantia das condições materiais ou jurídicas de gozo efectivo dos bens jurídicos compreendidos no «acesso ao direito» e no «acesso aos tribunais» ⁽³⁾ ⁽⁴⁾.

No conteúdo essencial da garantia constitucional da via judiciária des-cortinamos, desde logo, o princípio da efectividade da tutela das posições subjectivas dos cidadãos cuja salvaguarda apenas possa ser accionada mediante o recurso a meios jurisdicionais. Dito de outro modo, a protecção jurídica que se pretende alcançar através dos tribunais deve repercutir-se de forma útil na esfera jurídica individual dos cidadãos, no sentido de que, por um lado, deve assegurar a tutela integral de todas as situações jurídicas ⁽⁵⁾ e, por outro, garantir uma protecção em tempo adequado consubstanciada na exigência de um direito sem dilações indevida, mas sem ser obtida à custa de uma diminuição de garantias processuais e materiais ⁽⁶⁾ ⁽⁷⁾. Assim,

⁽³⁾ V., sobre a problemática dos direitos fundamentais como direitos a prestações, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 5.^a ed., Coimbra, 1991, pp. 552 e ss.

⁽⁴⁾ Conforme se referiu no Acórdão n.º 444/91 do Tribunal Constitucional, «o primeiro é, sem dúvida, mais amplo do que o segundo, já que engloba também o direito à informação e consulta jurídicas e ao patrocínio judiciário (cfr. o n.º 2 do art. 20.º da Lei Fundamental) e apresenta-se, frequentes vezes, como um pressuposto do segundo: o recurso a um tribunal com a finalidade de obter dele uma decisão jurídica sobre uma questão juridicamente relevante (direito de acesso aos tribunais ou direito à protecção jurídica através dos tribunais) pressupõe logicamente um correcto conhecimento dos direitos e deveres por parte dos seus titulares (direito de acesso ao direito)» (v. *Diário da República*, II Série, n.º 78-S, de 2 de Abril de 1992, p. 3112). Atenta esta distinção, no desenvolvimento do presente trabalho apenas nos ocuparemos do instituto da suspensão da eficácia na perspectiva da garantia efectiva do «acesso aos tribunais», deixando, pois, de lado as questões respeitantes à temática do «acesso ao direito», como sejam as da consulta e informação jurídicas, ou as matérias atinentes ao problema do direito à assistência judiciária e à gratuidade da justiça. Cfr., sobre estas questões numa perspectiva histórico-evolutiva e de direito comparado, ADÉLIO PEREIRA ANDRÉ, *Defesa dos Direitos e Acesso aos Tribunais*, Lisboa, 1980, pp. 158 e ss.; v. ainda, sobre as implicações constitucionais do «acesso ao direito», JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 2.^a ed., Coimbra, 1993, pp. 229 e ss.

⁽⁵⁾ V. CARLOS LOPES DO REGO, *Acesso ao Direito e aos Tribunais* in *Estudos sobre a Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, 1993, pp. 47 e 48.

⁽⁶⁾ Cfr., neste sentido, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 666.

⁽⁷⁾ Sendo certo que a exigência de efectividade da tutela judicial não resulta expressamente do disposto no art. 20.º da Constituição, ela sempre resultaria da condição de garantia da via judiciária como princípio estruturante do Estado de direito democrático; por outro lado, encontrando-se essa exigência expressamente consagrada no art. 8.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, ela sempre decorreria da força

a abertura da via judiciária leva implicada, nas palavras de GOMES CANOTILHO, «uma imposição directamente dirigida ao legislador no sentido de dar operatividade prática à defesa de direitos. Esta imposição é de particular importância nos aspectos processuais» ⁽⁸⁾.

Mas se é certo que uma protecção judicial efectiva reclama do legislador a atribuição de novos poderes ao juiz que lhe permitam superar o rígido formalismo em que ainda hoje assentam os seus poderes, não é menos verdade que o direito fundamental à tutela jurisdicional efectiva cria do lado do juiz o dever de conduzir diligentemente o processo, ou seja, impõe o emprego dos poderes de direcção do processo guiado pelo imperativo da máxima preservação das oportunidades de realização da justiça material ⁽⁹⁾. Daqui resulta inelutavelmente que a efectividade da protecção jurisdicional não é compatível com a imposição de obstáculos desproporcionados de ordem processual, quer eles derivem da mera consagração legal, quer decorram do emprego menos diligente pelo juiz dos seus poderes de direcção do processo ⁽¹⁰⁾.

2. Acolhido, genericamente, no art. 20.º/1 da Constituição enquanto garantia da via judicial para a tutela de todas as situações juridicamente protegidas, o direito à tutela jurisdicional apresenta-se reforçado quanto à actividade administrativa de gestão pública pela consagração expressa de um

conformativa desta norma, acolhida pelo art. 16.º/2 da Constituição como padrão de referência interpretativa dos preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais. V., quanto ao alcance desta regra constitucional, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição cit.*, pp. 138 e 139, que afastam qualquer possibilidade de prevalência das normas da Declaração; AFONSO QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra 1976, pp. 325 e 326, e PAULO OTERO, *Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: A Inconstitucionalidade de normas Constitucionais?* in *O Direito*, III-IV, 1990, pp. 603 e ss., e esp. pp. 608 e 609, para quem a Declaração possui valor supraconstitucional; e JORGE MIRANDA, *ob. e vol. cit.*, p. 150, que, numa posição mitigada e intermédia, entende que a Declaração não prevalecerá face a normas constitucionais emergentes do poder constituinte originário, mas já sobre as normas constitucionais decorrentes de revisão constitucional.

⁽⁸⁾ Cfr. *Direito Constitucional cit.*, p. 390.

⁽⁹⁾ Cfr., assim, SÉRVULO CORREIA, *Anotação ao Acórdão do Tribunal Tributário de 2.ª Instância de 22 de Setembro de 1992* in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 54.º, Dezembro 1994, pp. 860 e 861.

⁽¹⁰⁾ Trata-se, então, de reconhecer ao juiz, e especialmente ao juiz administrativo, o papel de um «juiz de amparo», conforme sugestivamente propõem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (cfr. *Constituição cit.*, p. 942).

princípio especial de protecção jurisdicional efectiva aplicável à actividade administrativa *iure publico utendo* ⁽¹¹⁾. Daí que a garantia de protecção jurídica e da vida judiciária surja configurada, em termos gerais, numa dupla perspectiva, em que tanto vale contra os particulares como **contra os poderes públicos**.

Relativamente aos poderes públicos a defesa judicial começa pela possibilidade de reacção contra os actos administrativos ⁽¹²⁾, e obtém-se essencialmente junto dos tribunais administrativos ⁽¹³⁾. Porém, esta defesa judicial não se basta com a consagração de mecanismos reactivos de mero controlo de legalidade dos actos praticados, pois que *«uma protecção sem lacunas contra actos da administração impõe não apenas um contencioso de anulação dos actos administrativos (não excluindo os regulamentos) mas também um instrumento de obtenção da tutela de direitos constitucionalmente protegidos, bem como a possibilidade de acções de mandato ou intimação contra actos omissivos dos entes administrativos»* ⁽¹⁴⁾. Fazendo eco desta asserção, VASCO PEREIRA DA SILVA destaca o *«aparecimento de meios jurisdicionais, de importância variável alternativos ao tradicional recurso de anulação como uma das tendências conducentes à reconstrução subjectiva do contencioso administrativo»* ⁽¹⁵⁾.

Neste sentido se devem, então, entender os n.ºs 4 e 5 do art. 268.º da Constituição, nos termos dos quais

«4. É garantido aos interessados recurso contencioso com fundamento em ilegalidade, contra quaisquer actos administrativos, independentemente da sua forma, que lesem os seus direitos ou interesses legalmente protegidos.

⁽¹¹⁾ V. CLAUDIO MONTEIRO, *Suspensão da Eficácia de Actos Administrativos de Conteúdo Negativo*, Lisboa, 1990, p. 23; cfr., em idêntico sentido, BARBOSA DE MELO, *Direito Administrativo II*, Coimbra, 1987, p. 8; GUILHERME DA FONSECA, *Garantia do Recurso Contencioso e Fundamentação do Acto Administrativo*, in *Estudos sobre a Jurisprudência do Tribunal Constitucional cit.*, pp. 307 e ss.; MARIA FERNANDA MAÇAS, *A Relevância Constitucional da Suspensão Judicial da Eficácia dos Actos Administrativos*, in *Estudos sobre a Jurisprudência do Tribunal Constitucional cit.*, p. 327.

⁽¹²⁾ Cfr. art. 268.º/4 da Constituição.

⁽¹³⁾ Cfr. art. 214.º/3 também da Constituição.

⁽¹⁴⁾ Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição cit.*, p. 162 (sublinhados nossos).

⁽¹⁵⁾ V. *O recurso directo de anulação — Uma acção chamada recurso*, Lisboa, 1987, p. 23.

5. *É igualmente sempre garantido aos administrados o acesso à justiça administrativa para tutela dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos».*

Em face das normas constitucionais transcritas, resulta claramente que a nossa actual Constituição não se quis limitar a transpor a garantia de recurso contencioso que, desde 1971, constava já da Constituição de 1933, apontando antes para uma garantia mais ampla de tutela de todos os direitos e interesses legalmente protegidos — tendência essa, saliente-se, já acentuada pela Revisão Constitucional de 1982. É que, de facto, se nessa altura — em 1971 — se podia afirmar que *«num Estado de Direito não pode a acção da Administração subtrair-se a uma fiscalização imparcial da sua conformidade com a lei que necessariamente lhe serve de base»* ⁽¹⁶⁾, não podemos ainda retirar a consagração de um verdadeiro direito à tutela jurisdicional efectiva.

Em primeiro lugar, porque da redacção do n.º 21 do art. 8.º da Constituição de 1933, na versão saída da Revisão Constitucional de 1971, parecia resultar que apenas não podia ser negada a existência do recurso contencioso dos actos administrativos definitivos e executórios, sem que, no entanto, se atribuisse aos particulares um direito do seu uso efectivo. Na verdade, do art. 8.º da Constituição de 1933 parecia resultar que o legislador ordinário poderia restringir de tal forma a legitimidade processual activa que na prática impossibilitaria os particulares de impugnarem qualquer acto.

Em segundo lugar, porque garantindo-se apenas a existência do recurso contencioso, continuava sem qualquer tipo de garantia constitucional todo um vasto universo de situações lesivas para o administrado, em que a lesão não resultava necessariamente do acto administrativo ⁽¹⁷⁾. Com efeito, *«se exceptuarmos o recurso ao instituto do acto tácito de indeferimento, o sistema não estende a sua protecção a situações de ofensa de direitos ou interesses legítimos do administrado que não possam ser causal e directamente reportadas a uma declaração de vontade da Administração que reúna os*

⁽¹⁶⁾ Cfr. ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, *A Garantia de Recurso Contencioso no Texto Constitucional de 1971*, in *Estudos de Direito Público em Honra do Professor Marcello Caetano*, Lisboa, 1973, p. 243.

⁽¹⁷⁾ V. GUILHERME DA FONSECA, *ob. e loc. cit.*, pp. 306 e 307.

elementos essenciais do acto administrativo e os requisitos das respectivas definitividade e exco

Consideramos, por isso, que a tutela jurisdiccional garantida pela Constituição de 1933 era uma tutela ténue, porque parcial e não efectiva.

3. Deste modo, assume particular relevo a alteração que esta matéria foi introduzida pela Constituição de 1976.

Com efeito, dispunha o art. 269.º/2 que

«É garantido aos interessados recurso contencioso, com fundamento em ilegalidade, contra quaisquer actos definitivos e executórios».

Parecendo uma alteração de pormenor, e apesar de não possuir quaisquer consequências práticas em virtude de aceitar a regra estatuída na lei ordinária, julgamos ter saído inegavelmente reforçada a garantia constitucional do recurso contencioso com a inclusão do elemento subjectivo. É que, se é verdade que o legislador constitucional seguiu de perto a regra da lei ordinária ⁽¹⁸⁾, não é menos verdade que por força da introdução desse elemento subjectivo ficou vedado nesta matéria qualquer retrocesso por parte do legislador ordinário ⁽¹⁹⁾ — tarefa que veio a ser facilitada pela introdução na Constituição de 1976 de um regime específico dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos de natureza análoga ⁽²¹⁾, consagrando a aplicabilidade imediata e a vinculação de todas as entidades públicas aos direitos fundamentais ⁽²²⁾.

Por outro lado, referia CARDOSO DA COSTA, a propósito do referido art. 269.º/2, que este *«mais não representa, ao fim e ao cabo, senão um desenvolvimento qualificado do princípio da garantia da protecção jurisdiccional dos direitos, inscrita no artigo 20.º, n.º 1»* ⁽²³⁾, opinião que per-

⁽¹⁸⁾ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Contencioso Administrativo*, Lisboa, 1990, pp. 80-81.

⁽¹⁹⁾ Art. 46.º do Regulamento do Supremo Tribunal Administrativo e art. 821.º do Código Administrativo.

⁽²⁰⁾ Cfr., neste sentido, GUILHERME DA FONSECA, *ob. e loc. cit.*, p. 307.

⁽²¹⁾ Cfr. art. 17.º da Constituição.

⁽²²⁾ V., por todos, e quanto a este ponto, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional cit.*, pp. 589 e ss.

⁽²³⁾ V. *A Tutela dos Direitos Fundamentais*, in *Documentação e Direito Comparado*, n.º 5, p. 205.

mitiu a GUILHERME DA FONSECA sustentar a ordenação do conteúdo desse direito à justiça pelo da «*protecção judiciária e não judiciária estendida a todos e quaisquer direitos e interesses legítimos, isto é, a todas as situações juridicamente protegidas, em caso algum prejudicado pela insuficiência de meios económicos*» ⁽²⁴⁾.

Mas foi com as Revisões Constitucionais de 1982 e de 1989 que se deu o verdadeiro salto qualitativo na consagração constitucional do direito à tutela jurisdicional efectiva no contencioso administrativo ⁽²⁵⁾.

4. As alterações introduzidas pela Lei Constitucional n.º 1/82 nesta matéria foram, não só no sentido de aperfeiçoar a redacção anterior, mas também e principalmente no de consagrar um extraordinário alargamento do seu âmbito de aplicação.

Nos termos do art. 268.º/3 da Constituição,

«É garantido aos interessados recurso contencioso, com fundamento em ilegalidade, contra quaisquer actos administrativos definitivos e executórios, independentemente da sua forma, bem como para obter o reconhecimento de um direito ou interesse legalmente protegido».

Deste preceito resultaram fundamentalmente duas alterações.

A primeira, que veio resolver o problema já anteriormente diagnosticado da recorribilidade dos actos administrativos com forma legal ou regulamentar. A segunda, plenamente inovadora, veio satisfazer as aspirações dos defensores das teorias subjectivistas no contencioso administrativo com a consagração do direito ao reconhecimento jurisdicional, sem a prévia existência de acto administrativo, de direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos dos particulares ⁽²⁶⁾.

⁽²⁴⁾ Cfr. *A defesa dos direitos (Princípio geral da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais)*, in B.M.J., 344/43 (sublinhados nossos).

⁽²⁵⁾ MARIA FERNANDA MAÇÃS salienta a este propósito que «*a protecção jurisdicional dos administrados tem sido sucessivamente ampliada através das leis constitucionais de revisão, abrangendo hoje todas as situações em que o recurso contencioso não seja o meio mais adequado para a sua efectivação (cfr. art. 268.º, 5)»* (V. ob. e loc. cit., pp. 327-328, n. 3).

⁽²⁶⁾ V., neste sentido, VASCO PERIRA DA SILVA, *Para um Contencioso Administrativo dos particulares*, Coimbra, 1989, esp. pp. 261 e ss.; v., também, LUÍS SOUSA

Em anotação ao art. 268.º/3, saído da Revisão Constitucional de 1982, salientavam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA que *«esta abertura constitucional às acções de reconhecimento de direitos ou interesses significa a superação da concepção do contencioso administrativo como simples contencioso de anulação, embora seja ainda insuficiente para assegurar ao cidadão uma protecção adequada face à inércia da Administração»* ⁽²⁷⁾.

Ora, ainda que se possa discutir a insuficiência, a precipitação, ou mesmo irresponsabilidade do legislador constitucional na consagração de tal direito ⁽²⁸⁾, a verdade é que ela constitui um passo decisivo na procura de uma tutela jurisdicional efectiva dos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares, procedimentalmente dependentes face à Administração, isto é, cujo exercício dependa de uma actuação administrativa. Passo decisivo que, ao fim e ao cabo, saiu clarificado e reforçado com a Revisão Constitucional de 1989.

Com efeito, a actual redacção do art. 268.º/4 e 5 da Constituição, ao desdobrar o anterior direito em dois perfeitamente diferenciados — direito ao recurso/direito à acção —, veio conferir ao segundo uma força vinculante que não detinha, podendo afirmar-se, com CLAUDIO MONTEIRO, que a nova redacção constitui mesmo uma ampliação *«do âmbito da tutela jurisdicional, introduzindo uma espécie de cláusula aberta para todas as situações em que o recurso contencioso não seja o meio mais adequado para efectivá-la»* ⁽²⁹⁾.

Contudo, e como refere o mesmo autor, esta observação pode ser interpretada em dois sentidos:

- ou se entende que a norma do n.º 5 se dirige essencialmente ao legislador, no sentido de que se lhe abre a possibilidade de criar tantos meios processuais quantos os que entenda necessários para a tutela dos direitos e interesses legítimos dos particulares, sem distinção ou vinculação a qualquer desses meios;

DA FÁBRICA, *Monismo ou Dualismo na Estruturação do Processo Administrativo*, sep., da Revista da Faculdade de Direito, Lisboa, 1988, pp. 122 e ss..

⁽²⁷⁾ V. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2.º vol., 2.ª ed., Coimbra, 1985, p. 432 (sublinhados nossos).

⁽²⁸⁾ Nesse sentido se pronuncia FREITAS DO AMARAL, *Direitos Fundamentais dos Administrados*, in *Nos Dez Anos da Constituição*, Lisboa, 1987, p. 27.

⁽²⁹⁾ V. *ob. cit.*, p. 25.

— ou se entende, por outro lado, que a norma é directamente aplicável, traduz uma extensão da tradicional garantia conferida ao recurso contencioso a todos os restantes meios processuais e, consequentemente, um reforço da tutela conferida às posições subjectivas de vantagem dos particulares ⁽³⁰⁾.

Ora, de ambas as interpretações possíveis parece-nos inquestionável que só a segunda se coaduna correctamente com o texto do preceito em análise.

Em primeiro lugar, porque a redacção do n.º 5 do art. 268.º da Constituição aponta claramente esse caminho ao dispor *expressis verbis* que «*é igualmente sempre garantido*». É que, se o facto de o texto constitucional determinar que «*é garantido aos interessados recurso contencioso*» basta para que se reconheça, sem margem para dúvidas, o direito do particular ao recurso, não vislumbramos, então, porque razão, e perante a utilização da mesma expressão, se há-de chegar, quanto à acção, a conclusão diferente.

Em sentido concordante, refere GOMES CANOTILHO que o preceito constitucional garantidor do acesso à justiça administrativa «*pretende tornar claro que é sempre admitida a protecção jurisdicional administrativa de posições subjectivas (direitos e interesses), sem se limitar esta protecção à adopção de meios específicos de impugnação (exemplo: 'recurso' contencioso) ou à existência de determinadas formas de actuação da administração (exemplo: actos administrativos)*» ⁽³¹⁾.

Em segundo lugar, a adopção do primeiro entendimento exposto seria redundante, porquanto implicaria a aceitação da total inutilidade do n.º 5 do art. 268.º Na verdade, consideramos indiscutível que já antes da consagração do direito à acção no âmbito do contencioso administrativo, nenhuma disposição constitucional ou legal tolhia a acção do legislador no sentido de criar os meios processuais que considerasse necessários ou convenientes. Assim, concluir que a *ratio* de tal norma reside na possibilidade de o legislador ordinário consagrar tantos meios quantos entenda necessários, seria negar-lhe qualquer valor ⁽³²⁾.

⁽³⁰⁾ *Ibidem*, p. 26.

⁽³¹⁾ V. *Direito Constitucional cit.*, p. 672.

⁽³²⁾ Cfr., assim, CLAUDIO MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 27 e LUÍS SOUSA DA FÁBRICA, *ob. cit.*, p. 123.

Finalmente, o facto de se dispôr separadamente sobre o recurso contencioso e os restantes meios processuais não parece acarretar quaisquer corolários ao nível da intensidade, ou pelo menos, do objecto da tutela conferida, qualquer que seja o meio processual utilizado. Além de que encontra a sua explicação na génese do artigo, bem como na importância relativa do tradicional recurso de anulação no quadro mais vasto dos meios processuais contenciosos ⁽³³⁾.

Podemos, assim, dizer que foi intenção do legislador da Revisão Constitucional de 1989 encerrar a discussão sobre a estrutura e a natureza do nosso sistema de contencioso administrativo, agora **centrado na relação jurídica administrativa e finalisticamente dirigido à tutela das posições subjectivas**. Em consequência, a satisfação do interesse tutelado passa a ser indissociável do poder de desencadear o processo administrativo, aproximando-o, então, da estrutura do processo civil que assegura a todo o direito a correspondência de uma acção destinada a fazê-lo reconhecer em juízo ou a realizá-lo coercivamente, bem como das providências necessárias para acautelar o efeito útil da acção ⁽³⁴⁾.

No novo texto constitucional acolhe-se, no fundo, a garantia de uma tutela jurisdicional efectiva no contencioso administrativo, moldada já não como um mero direito de impulso processual de natureza adjectiva, que se satisfaz com uma simples pronúncia do juiz, independentemente de com ela poder vir a satisfazer a pretensão do particular, mas pela tutela da utilidade desse mesmo impulso processual ⁽³⁵⁾. Esta evolução constitucional não deixa de ser alheia ao esforço da doutrina em conferir substracto material ao interesse legítimo, caracterizando-o como uma posição de vantagem atribuída ao particular em ordem a satisfazer o seu interesse na conservação ou obtenção de um bem jurídico, objecto de poderes administrativos, posição subjectiva de vantagem que implica naturalmente poderes para a sua efectivação ⁽³⁶⁾ ⁽³⁷⁾.

⁽³³⁾ Aliás, a intensidade da tutela conferida, quer ao recurso contencioso, quer aos restantes meios processuais contenciosos, deve considerar-se a mesma em face do disposto no art. 214.º/3, nos termos do qual se atribui aos tribunais administrativos a competência para «o *julgamento das acções e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas*».

⁽³⁴⁾ Cfr. art. 2.º do Código de Processo Civil.

⁽³⁵⁾ V., por todos, CLAUDIO MONTEIRO, *ob. cit.*, pp. 28 e 29.

⁽³⁶⁾ Cfr. MARIO NIGRO, *Giustizia Amministrativa*, Bolonha, 1983, pp. 115 e ss.; quanto à problemática do interesse legítimo no quadro do nosso ordenamento jurídico-administrativo, v., por todos, CLAUDIO MONTEIRO, *ob. cit.*, pp. 71 e ss..

Por outro lado, para além deste reforço assinalável da função subjectiva da justiça administrativa, é ainda de sublinhar a deslocação operada em termos de objecto. Na verdade, não obstante já anteriormente se ter afastado a exclusividade, em sede de garantia constitucional, do acto administrativo como objecto da justiça administrativa, a verdade é que pela primeira vez — e de forma expressiva — se identifica a relação jurídica administrativa como objecto da intervenção jurisdicional.

Ora, a relação jurídica administrativa é bem mais complexa e abrangente que o acto final de determinado procedimento, ou mesmo que a simples soma de todos os actos do procedimento, pois que, para além da actividade dos entes públicos entendida de forma global ⁽³⁸⁾, a análise dessa relação jurídica pressupõe e exige a ponderação de todos os direitos e obrigações das partes independentemente do conteúdo concreto dos actos administrativos praticados. Esta alteração, se bem que formulada em termos genéricos, tem obrigatoriamente sérias implicações na própria configuração dos meios processuais do contencioso administrativo, pois impõe que a interpretação das normas por que se regem se faça à luz desta regra. Significa isto, pois, que os meios processuais administrativos têm, na sua globalidade, de ter aptidão para permitir a análise e a resolução dos litígios que se estabeleçam sobre qualquer dos aspectos de uma relação jurídica administrativa.

5. A elevação do princípio da tutela jurisdicional efectiva a direito fundamental implica a concretização do seu conteúdo preceptivo mínimo ao nível da Constituição e a determinação dos desenvolvimentos necessários com vista à sua plena exequibilidade e operatividade, pois, como salienta PETER BADURA, a efectividade da justiça administrativa não se realiza por si mesma e depende da verificação de certos pressupostos ⁽³⁹⁾.

⁽³⁷⁾ Repare-se como esta construção se aproxima inegavelmente daqueloutra desenvolvida por WINDSCHEID a propósito do conceito de «pretensão jurídica material», no sentido de que o determinante é a vontade do particular, implicando que a norma abstracta se concretize numa singular protecção do sujeito, por determinação da sua vontade, protecção essa que não é mais do que uma emanção do direito subjectivo na forma de direcção subjectiva de actuação processual, denominada *Anspruch* (pretensão). Cfr. *Polemica intorno l'actio*, trad. it., Florença, 1954.

⁽³⁸⁾ Isto é, não limitada aos actos contenciosamente sindicáveis.

⁽³⁹⁾ Cfr. *Limiti e alternative della tutela giurisdizionale nelle controversie amministrative*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milão, 1984, pp. 104 e ss.

Nesta linha, o conteúdo deste direito tem de ser obrigatoriamente encarado numa dupla perspectiva.

Por um lado, representando o reconhecimento da possibilidade de uma defesa sem lacunas, decorrente do **princípio da plenitude da garantia jurisdicional administrativa**. Esta perspectiva resulta, afinal, do que vimos de expor, ou seja, é hoje uma realidade face ao próprio texto constitucional revisto, sendo fruto de uma evolução com origem nas experiências jurídico-administrativas estrangeiras e no passado nacional recente. Desta realidade nos dá conta SÉRVULO CORREIA, em tema da evolução do contencioso administrativo alemão, advertindo que *«a necessidade da existência — real ou presumida — de um acto administrativo para que se possa desencadear o mecanismo da tutela jurisdicional deixa em aberto espaços de protecção deficiente que o actual sistema alemão pretendeu colmatar através de tipos de acção dirigidos à defesa do administrado contra condutas omissivas da Administração»*, podendo, assim, concluir-se *«que a relação jurídico-administrativa substitui hoje o acto administrativo no desempenho do papel de figura central da teoria do Contencioso Administrativo»* ⁽⁴⁰⁾.

Nesta linha de evolução se depara igualmente o contencioso administrativo português, afirmando pertinentemente GOMES CANOTILHO que *«neste sentido se fala hoje do princípio da plenitude da garantia jurisdicional administrativa: a qualquer ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos e a qualquer ilegalidade da administração deve corresponder uma forma de garantia jurisdicional adequada»* ⁽⁴¹⁾.

A segunda perspectiva, por outro lado, atina à possibilidade do exercício efectivo do direito à tutela jurisdicional efectiva, apresentando, porém, algumas dificuldades práticas, pelo que merece uma análise mais detalhada.

Como salienta o Tribunal Constitucional Espanhol, a tutela jurisdicional efectiva impõe, não só a existência da acção ou do recurso, mas exige também *«que a sentença se cumpra e que o recorrente seja reintegrado no seu direito e compensado, se houver lugar a tal, pelo dano sofrido; o contrário seria converter as decisões jurisdicionais e o reconhecimento dos direitos que elas comportam a favor de alguma das partes, em meras decla-*

⁽⁴⁰⁾ V. *Contencioso cit.*, p. 65.

⁽⁴¹⁾ V. *Direito Constitucional cit.*, p. 672.

rações de intenção» ⁽⁴²⁾. Igual entendimento é o defendido por VICENTE GIMENO SENDRA, considerando «*que no momento actual o carácter constitucional do direito de acção não suscita nenhum problema, e isso não só por ter sido expressamente consagrado no art. 24.º da Constituição [espanhola], mas também porque o referido preceito se encontra inserido na secção primeira do capítulo 2.º da nossa lei fundamental e, em consequência, a sua negação na prática forense pode ser atacada através do recurso de amparo*» ⁽⁴³⁾.

Ora, se bem que concordemos com a posição defendida por GIMENO SENDRA, a verdade é que a frequência com que se sucedem casos reais de impossibilidade material ou jurídica de executar as sentenças, obriga ineffectivamente a chamar a atenção sobre a conveniência de aprofundar a busca de mecanismos idóneos para superar essa situação ⁽⁴⁴⁾. Porém, tal tarefa, almejando conferir operatividade ao direito à tutela jurisdicional efectiva, surge plena de escolhos derivados fundamentalmente dos dois princípios fundamentais da actividade administrativa, *maxime* o princípio da presunção da legalidade inerente à actividade administrativa e o privilégio da execução prévia. Sendo certo estarmos perante dois dos princípios basilares do sistema de administração executiva vigente em Portugal ⁽⁴⁵⁾, nem por isso a análise da sua conformação com o direito à tutela jurisdicional efectiva pode ser dispensada ou precluída, antes se justificando após a consagração clara daquele direito na nossa Lei Fundamental.

E isto, porque o direito à tutela jurisdicional efectiva se tem de traduzir obrigatoriamente na plena eficácia da decisão jurisdicional na esfera jurídica do particular. Nesta linha, a indemnização compensatória não pode passar de um mal necessário, não podendo constituir a regra ou o efeito fundamental do reconhecimento de um direito do particular ou da recusa de uma execução de uma sentença anulatória ⁽⁴⁶⁾. Com efeito, esta natureza de

⁽⁴²⁾ Cfr. sentença do Tribunal Constitucional Espanhol, de 7 de Junho de 1982, citada por TOMÁS FONT I LLOVET, *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas*, Madrid, 1985, p. 53.

⁽⁴³⁾ Cfr. *Constitución y Proceso*, Madrid, 1988, p. 76.

⁽⁴⁴⁾ Cfr., neste sentido, TOMÁS FONT I LLOVET, *ob. cit.*, p. 159.

⁽⁴⁵⁾ V., por todos, sobre o sistema de administração executiva e sua evolução, FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, Coimbra, 1944, pp. 99 e ss..

⁽⁴⁶⁾ Nesse sentido se pronuncia PEDRO MACHETE ao defender que «*na impossibilidade de uma reconstituição natural, há sempre a hipótese da reintegração por*

ultima ratio inerente à prestação indemnizatória é enaltecida pela doutrina, no sentido de que a compensação indemnizatória não logra obter — em todas as situações — a inteira remoção dos danos produzidos e é sempre um meio de defesa *a posteriori* ⁽⁴⁷⁾.

O instituto da suspensão da eficácia dos actos administrativos configura-se, nesta óptica, como meio cautelar das posições substantivas das partes no processo em ordem a obviar aos prejuízos potencialmente decorrentes do *periculum in mora*. Concretizando, pronuncia-se MARIA FERNANDA MAÇÃS no sentido de que «a suspensão visa prevenir a efectivação de um prejuízo específico, o dano que decorre da demora inevitável, tendo em conta a lentidão do processo principal, na obtenção de uma sentença final, **que não deve ser reduzido unicamente às hipóteses de difícil ressarcimento**» ⁽⁴⁸⁾. Aliás, como bem ponderou o Supremo Tribunal Administrativo no seu Acórdão de 30 de Julho de 1988, a propósito da impugnação contenciosa dos actos administrativos, «o efeito essencial pretendido pela recorrente é o da satisfação do seu interesse pela reconstituição material da situação actual hipotética, no quadro de uma situação normal de legalidade, que existiria se o acto impugnado não tivesse sido praticado» ⁽⁴⁹⁾.

O objectivo da impugnação dos actos administrativos pelos particulares não é, pois, a reparação económica do dano, **mas sim evitar alterações na situação jurídica existente que, posteriormente, só possam ser compensadas dessa forma, com todas as suas limitações**. Deste modo, sem-

equivalente pecuniário. Mas esta já é um mal, i.e., uma solução ab initio imperfeita» (cfr. *A Suspensão Jurisdicional da Eficácia de Actos Administrativos*, in *O Direito*, 1991, II-III, p. 237, n. 11).

⁽⁴⁷⁾ V., neste sentido, ASSUNÇÃO ESTEVES, *A Constitucionalização do Direito de Resistência*, Lisboa, 1989, p. 229. O enfoque posto pela doutrina na prioridade da reconstituição natural encontra, aliás, guarida no art. 562.º do Código Civil, donde resulta que a obrigação que impende sobre o responsável terá como escopo a reconstituição da situação que existiria, se não se tivesse verificado o facto que obriga à reparação. Conforme o ensinamento de ANTUNES VARELA, «o fim precípua da lei nesta matéria é, por conseguinte, o de prover à directa remoção do dano real à custa do responsável, visto ser esse o meio mais eficaz de garantir o interesse capital da integridade das pessoas, dos bens ou dos direitos sobre estes» (v. *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 6.ª ed., Coimbra, 1989, p. 875).

⁽⁴⁸⁾ V. *ob. e loc. cit.*, p. 350, bem como a abundante doutrina citada a pp. 351 e 352.

⁽⁴⁹⁾ In *A.D.*, n.º 330, p. 760.

pre que o juiz ao apreciar a suspensão, conclua pela impossibilidade de garantir uma reconstituição específica, no momento da decisão do recurso, e pela simples possibilidade de compensação do dano já causado, deve conceder provimento à suspensão peticionada, pois está em presença de um dano irreparável ⁽⁵⁰⁾.

6. Em face do exposto, é mister retornar ao cotejo entre o instituto da suspensão da eficácia e os princípios do privilégio da execução prévia e da presunção da legalidade, colocando, desde já, a seguinte questão: como conjugar o privilégio da execução prévia atribuído à Administração, e que tem levado ao entendimento restritivo da figura da suspensão jurisdicional da eficácia dos actos administrativos, com o direito à tutela jurisdicional efectiva?

Toda a construção doutrinária, jurisprudencial, e até mesmo legal, do Direito Administrativo, fez-se sob o paradigma da decisão definitiva e executória. Um entendimento estrito da teoria da separação de poderes, fundado na convicção de que «julgar a administração é ainda administrar», levou a que, segundo a concepção tradicional, se considerasse que uma intervenção sistemática dos juízes na actividade administrativa é incompatível com a eficácia necessária à prossecução do interesse público. À Administração Pública deveria, por isso, ser concedida a faculdade de decidir autoritária e unilateralmente as suas relações jurídicas com os particulares — autotutela declarativa — e de impor essas decisões, ainda que coactivamente, sem prévio recurso aos tribunais — autotutela executiva — ⁽⁵¹⁾, sendo que o controlo jurisdicional sobre a actividade administrativa seria, deste modo, sucessivo e extrínseco, limitando-se à anulação das decisões administrativas com base em ilegalidade. Deste modo, a susceptibilidade de

⁽⁵⁰⁾ É, assim, de repudiar a opinião não raro acolhida na jurisprudência administrativa, segundo a qual não são de difícil reparação prejuízos que são facilmente quantificáveis e susceptíveis *a priori* de uma avaliação pecuniária exacta (v. nesse sentido, entre outros, Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 13 de Janeiro de 1994, Proc. n.º 033225, 1S; de 16 de Novembro de 1993, Proc. n.º 033017, 2S; de 16 de Novembro de 1993, Proc. n.º 033028, 2S; de 3 de Junho de 1993, Proc. n.º 32174A, 1S; e de 1 de Abril de 1993, Proc. n.º 31896A, 1 S).

⁽⁵¹⁾ Sobre a distinção entre ambos os conceitos, cfr., por todos, MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO, *Breve Reflexão sobre a Execução Coactiva dos Actos Administrativos*, in *Estudos — Centro de Estudos Fiscais — Comemoração do XX Aniversário*, vol. II, Lisboa, 1983, pp. 530 e ss..

execução por via administrativa, sem recurso aos tribunais, constiu uma característica geral de todos os actos administrativos ⁽⁵²⁾.

Resulta, portanto, clara a dificuldade da necessária harmonização entre a prossecução do interesse público e o respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos ⁽⁵³⁾. Na linha do raciocínio sustentado pelo administrativista espanhol MIGUEL SANCHES MÓRON, diremos que está claro que o referido princípio da executividade confere à Administração uma posição de vantagem que pode ser utilizada inclusivé em detrimento da protecção efectiva dos direitos e interesses legítimos dos particulares, sendo certo que este princípio, e sem prejuízo da eficácia da actividade administrativa, da continuidade e da regularidade dos serviços públicos, tem sido matizado ou moderado naqueles ordenamentos (e períodos históricos) mais cumpridores dos direitos individuais e dos princípios democráticos ⁽⁵⁴⁾. Pelo contrário, acrescenta o referido autor, «*o privilégio da decisão executória alcança um valor quase absoluto naqueles ordenamentos que sancionam ou simplesmente admitem uma concepção autoritária das relações entre a administração e o cidadão*» ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵²⁾ Em favor desta tese, cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo* 10.^a ed., vol. I, Coimbra, 1991, pp. 15 e 16; FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, policopiado, vol. II, Lisboa, 1988, pp. 22 e ss.. Pelo contrário, defendendo a necessidade de uma habilitação específica que, caso a caso, autorize o privilégio da execução prévia, v. ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, policopiado, Coimbra, 1978, pp. 191 e ss.; SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, I, Lisboa, 1982, pp. 341 e ss.; e MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO, *ob. e loc. cit.*, pp. 556 e ss.. Abstemo-nos neste trabalho de conferir tratamento autónomo a esta questão em face da consagração expressa no art. 149.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA) da tese da possibilidade de execução administrativa ser a nota geral de todos os actos administrativos, não deixando, contudo, de acompanhar a opinião expendida por RUI MACHETE nesta matéria, segundo a qual a Administração Pública só gozará do privilégio de tutela executiva, desde que esta implique restrições a direitos, liberdades ou garantias ou a direitos de matéria análoga, quando uma lei da Assembleia da República ou um decreto-lei emanado no uso de uma autorização legislativa o permitir (cfr. *Execução do acto administrativo*, in *Direito e Justiça*, vol. VI, 1992, p. 85) — de resto, o CPA foi aprovado por uma lei de autorização legislativa que não permite no seu objecto a restrição de direitos fundamentais.

⁽⁵³⁾ Cfr. art. 266.º/1 da Lei Fundamental.

⁽⁵⁴⁾ V. «El derecho a la tutela efectiva como limite a la ejutividad de los actos administrativos» in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 35, pp. 669 e ss. (sublinhados nossos).

⁽⁵⁵⁾ V. *ob. e loc. cit.*, p. 670 (sublinhados nossos).

Deste modo, a harmonização há-de ser feita, afinal, de acordo com o concreto entendimento que, à luz da nossa Constituição, se faça do princípio da separação de poderes, pois «ele põe em jogo os dois vectores ideológico-políticos (o da protecção jurisdicional e o da eficiência administrativa) e as duas correspondentes ideias jurídicas gerais (a do Estado de direito e a do Estado Administrativo) que condicionam e modelam a garantia jurisdicional dos cidadãos»⁽⁵⁶⁾.

7. Ora, a caracterização da República Portuguesa como um Estado de direito democrático tendente à realização de democracia económica, social e cultural e ao aprofundamento da democracia participativa⁽⁵⁷⁾ compromete a Administração Pública na concretização de uma certa ideia material de direito. Neste sentido, tem a doutrina invocado que a sociedade e o Estado não podem conceber-se como pólos antagónicos, actuando em zonas estanques do ordenamento jurídico, na medida em que são encarados enquanto sujeitos de um mesmo ordenamento fundamental, em que as necessidades colectivas individuais se harmonizam de acordo com valores comuns, plasmados essencialmente nos direitos e liberdades fundamentais consagrados na Constituição, sem prejuízo de quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de Direito Internacional⁽⁵⁸⁾ ⁽⁵⁹⁾.

No entanto, como salienta Pedro Machete, «a vinculação ao mesmo quadro de referência axiológica não se traduz numa identidade de fins: a Administração Pública prossegue os interesses que, sob a forma de lei, os representantes da sociedade determinam; esta, através da actuação individual ou associada dos seus membros, prossegue interesses particulares», sendo «todos estes interesses referíveis ao interesse global de ver repartidos os bens, materiais e imateriais da sociedade, em ordem à realização

⁽⁵⁶⁾ Cfr. BARBOSA DE MELO, *ob. cit.*, p. 8.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. art. 2.º da Constituição.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. art. 16.º/1 da Lei Fundamental.

⁽⁵⁹⁾ Cfr., quanto à necessidade de uma compreensão das relações entre o Estado e a sociedade no quadro do Estado social de direito, SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987, parte I; RUI MACHETE, *Considerações sobre a Dogmática Administrativa no Moderno Estado Social*, sep. da Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, 1986; ROGÉRIO SOARES, *Princípio da legalidade e administração constitutiva*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1981, pp. 168 e ss..

das tarefas fundamentais do Estado (cf. CRP 9)»⁽⁶⁰⁾. Consequentemente, a qualificação jurídica dos interesses que se manifestam no meio social, como particulares ou públicos, é função da aplicação dos critérios constitucionais, densificados, em virtude do seu carácter aberto, por via de opções políticas, pelo que, só então, fica clarificado o sentido da composição dos conflitos, isto é, a repartição dos bens socialmente disponíveis que se pretende — o interesse colectivo primário⁽⁶¹⁾.

Sem embargo dessa tarefa densificadora estar cometida ao poder político, a Constituição não deixa de fixar, porém, directivas norteadoras dessa mesma tarefa, *maxime* no art. 266.º/1 da Constituição, nos termos do qual

«A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos».

Como resulta deste normativo constitucional, a actividade administrativa surge balizada por dois limites substanciais, ou seja, um limite positivo, expresso na obrigatoriedade da prossecução do interesse público, e por outro lado, um limite negativo, traduzido no respeito pelos direitos e interesses legalmente tutelados dos cidadãos.

Ora, sendo certo que o interesse público parece configurado como um momento teleológico necessário de qualquer actividade administrativa — as autoridades administrativas, mesmo no uso de poderes discricionários, encontram-se vinculadas quanto à finalidade a prosseguir, considerada necessariamente pela lei ou pela Constituição e, portanto, sempre uma finalidade de interesse público —, a prossecução do interesse público não pode justificar o sacrifício abusivo dos direitos dos cidadãos, constituindo, por isso, o respeito destes um limite da actividade administrativa. E este comando constitucional não pode deixar de se reflectir na delimitação da figura do privilégio da execução prévia: é que, por força deste privilégio, a Administração vai poder impôr coactivamente aos particulares os imperativos contidos no acto administrativo, independentemente da sua validade ou invalidade, e do seu acordo ou desacordo, sem que para tanto seja necessário o consentimento do poder judicial; ora, essa faculdade atribuída à Administração vai contender, inúmeras vezes, com a eficácia prática da intervenção dos tribunais, o que conflituava com o direito à tutela jurisdicional efectiva.

⁽⁶⁰⁾ V. *ob. cit.*, p. 233.

⁽⁶¹⁾ V., neste sentido, ROGÉRIO SOARES, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, 1955, pp. 99 e ss..

Com efeito, este direito não assegura aos particulares unicamente a sindicância em sede contenciosa da legalidade dos actos administrativos — **direito a uma defesa sem lacunas** —, ele assegura igualmente que a decisão jurisdicional proferida tenha por efeito a garantia do seu direito ou interesse legítimo em termos efectivos, ou seja, de forma a que depois de obter uma sentença que lhe é favorável não se veja perante a impossibilidade prática ou jurídica de a executar e dessa forma garantir o seu direito ou interesse — **possibilidade do seu exercício efectivo** ⁽⁶²⁾. Daqui resulta necessariamente que, se a actividade administrativa se desenvolve no respeito escrupuloso dos direitos e interesses legítimos dos particulares, deve o privilégio da execução prévia ceder perante a iminência da violação ou da impossibilidade de actuação eficaz do direito à tutela jurisdicional efectiva, consagrado nos arts. 20.º e 268.º/4 e 5 da Constituição.

Por respeito ao privilégio da execução prévia — e também ao princípio da presunção da legalidade dos actos administrativos, como veremos mais adiante — o instituto da suspensão jurisdicional da eficácia de tais actos sempre foi encarado como uma medida verdadeiramente excepcional face à necessidade de salvaguardar em muitos casos o efeito útil do recurso contencioso, obviando ao facto de este não ter efeito suspensivo ⁽⁶³⁾.

Por um lado, a jurisprudência tende a considerar a competência dos tribunais administrativos para decretar a suspensão da eficácia como «*excepcional, por se tratar da derrogação de um princípio geral*», pelo que «*a suspensão só pode ocorrer em casos muito contados, ou seja, quando da execução efectiva do acto possam resultar custos que o legislador reputa mais onerosos do que o dano imediato, que sempre decorre da suspensão, dado o interesse público, que o acto administrativo visa prosseguir*» ⁽⁶⁴⁾. Ou seja, a jurisprudência administrativa, por se encontrar demasiado arrefeida ao referido privilégio da execução prévia, entrevê ainda o meio jurisdicional da suspensão da eficácia como «*uma excrescência relativamente à pureza do sistema que pretende restringir a intervenção dos tribunais à*

⁽⁶²⁾ Cfr., neste último sentido, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional cit.*, pp. 667 e ss.

⁽⁶³⁾ Cfr. SIMÕES DE OLIVEIRA, *Meios Contenciosos Acessórios*, in *Contencioso Administrativo*, Braga, 1986, pp. 221 e ss.

⁽⁶⁴⁾ V. Acórdão do S.T.A., de 1 de Julho de 1982 in *A.D.*, 251/1369; cfr. ainda Acórdão do S.T.A., de 19 de Janeiro de 1984, anotado por OSVALDO GOMES in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 44.º, Maio 1984, pp. 117 e ss..

anulação ou declaração de nulidade dos actos administrativos com base num juízo de legalidade» ⁽⁶⁵⁾.

Contudo, em face da consagração constitucional do direito à tutela jurisdicional efectiva e dos corolários a ela inerentes, a delimitação do instituto da suspensão da eficácia dos actos administrativos, nos termos jurisprudenciais expostos, peca por insuficiência e surge contrária à delimitação constitucional dos meios de garantia jurisdicionais. Aliás, como refere RUI DA FONSECA PESTANA, a nova filosofia político-constitucional exige o constante exame sobre a compatibilidade com a mesma dos regimes legais e orientações jurisprudenciais anteriores, pois as normas sobre as relações jurídico-administrativas são, pela sua própria natureza, das que mais facilmente podem sofrer a repercussão das novas concepções do actual sistema constitucional ⁽⁶⁶⁾.

É no quadro desse exame que se acolhe a opinião expendida por LUCIANO MARCOS, no sentido de que «a *consagração constitucional de um Estado de direito democrático, baseado na soberania, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais* (v. arts. 2.º e 9.º/a) da Const.), bem como a *expressa vinculação da Administração a princípios fundamentais como o da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da prossecução do interesse público no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos* (v. arts. 13.º e 266.º/1 e 2 da Const.), devem levar a doutrina e a jurisprudência a conceber em moldes diferentes o instituto da suspensão da eficácia, procedendo a uma revisão de conceitos no âmbito do contencioso administrativo» ⁽⁶⁷⁾. E acrescenta o citado autor que «*tal revisão impõe-se, aliás, face ao princípio da tutela judicial efectiva hoje, mais do que nunca, consagrado nos artigos 20.º, 214.º/3 e 268.º/4 e 5 da Constituição, na redacção da Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de Julho*» ⁽⁶⁸⁾.

Vejamos mais aprofundadamente este ponto, incidindo a nossa atenção no confronto do direito á tutela judicial efectiva com o privilégio da execução prévia e o principio da presunção da legalidade.

⁽⁶⁵⁾ V. Sérvulo Correia, *Noções de Direito Administrativo*, Lisboa, 1982, pp. 517 e 521.

⁽⁶⁶⁾ V. *Scientia Iuridica*, n.ºs 205-207, 1987, p. 40.

⁽⁶⁷⁾ V. *Da inconstitucionalidade do artigo 103.º/d) da L.P.T.A.*, sep. da *Revista Jurídica*, 1990, p. 68.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. *ob. cit.*, pp. 68 e 69 (sublinhados nossos).

8. Em primeiro lugar, no âmbito dos referidos princípios e normativos constitucionais, o instituto da suspensão da eficácia deve ser concebido como uma garantia fundamental do direito ao recurso contencioso contra quaisquer actos administrativos ilegais, considerando-o como parte integrante do conteúdo essencial desse direito fundamental. Ora, derivando o direito ao recurso contencioso geneticamente do princípio da tutela jurisdicional efectiva, consagrado no art. 20.º da Constituição, logo se infere que **o meio jurisdicional da suspensão da eficácia dos actos administrativos faz parte integrante do núcleo fundamental do direito à tutela judicial efectiva**, pelo que participa do regime próprio dos direitos, liberdades e garantias ⁽⁶⁹⁾.

Aliás, as mesmas razões que levaram a doutrina e a jurisprudência a conceber o dever de fundamentação dos actos administrativos como uma garantia do próprio direito ao recurso contencioso ⁽⁷⁰⁾, que faz parte integrante do seu próprio âmbito de protecção constitucional ⁽⁷¹⁾, e que levou o legislador constitucional a consagrar tal dever no art. 268.º/3 da Constituição ⁽⁷²⁾, justificam que ao instituto da suspensão da eficácia seja reconhecido o mesmo valor constitucional, dado que em ambos os casos se visa garantir o recurso contencioso contra actos administrativos ilegais: no primeiro caso, possibilitando ao particular impugnar com êxito o acto, discernindo em concreto os seus vícios; no segundo, garantindo o efeito útil do recurso a final, com a sentença que declara nulo ou anula o acto.

Como afirma sugestivamente GUILHERME DA FONSECA, «*disso- ciar a suspensão da eficácia dos actos administrativos, como meio proces- sual acessório, da garantia de recurso contencioso, como meio impugna- tório principal, distinguindo a legitimidade activa dos requerentes na suspensão da legitimidade activa dos recorrentes no recurso contencioso, é fechar a porta ao exercício efectivo e intenso do direito ao recurso con- tencioso, voltando a caminhar, (...), por um caminho de cabras*» ⁽⁷³⁾. Com

⁽⁶⁹⁾ V. arts. 16.º, 17.º, 18.º e 19.º da Constituição.

⁽⁷⁰⁾ V. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2.º vol., 2.ª ed., cit., p. 431.

⁽⁷¹⁾ V. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 51/87, de 4 de Fevereiro, in *B.M.J.*, 364/464.

⁽⁷²⁾ V. Lei n.º 1/82, de 30 de Setembro.

⁽⁷³⁾ V. *Garantia do Recurso Contencioso e Fundamentação do Acto Administra- tivo* cit., loc. cit., p. 314.

efeito, foi precisamente para assegurar o efeito útil da garantia jurisdicional que se instituiu nos sistemas de regime administrativo de tipo francês o mecanismo da suspensão da eficácia dos actos administrativos, de modo a evitar que da anulação tardia do acto não resultasse qualquer benefício útil para o recorrente.

Procura-se, deste modo, assegurar que os particulares mantenham, no momento da decisão do recurso, o mesmo interesse que legitimou a sua interposição, tratando-se, em suma, de assegurar o direito ou a situação jurídica litigiosa durante a pendência do processo ⁽⁷⁴⁾. Este entendimento parece-nos, aliás, constituir a melhor solução para o inevitável conflito entre a exigência de uma justiça temporalmente adequada e um processo em que sejam cumpridas e observadas todas as formas e requisitos e que, por conseguinte, exige forçosamente tempo. Esta demora, indispensável ao cumprimento do «iter processual» necessário, arrisca tornar irremediavelmente ineficaz a sentença final.

Ora, é para obviar a este perigo que surge a necessidade de os tribunais poderem adoptar medidas adequadas no sentido de as sentenças não se tornarem completamente inúteis e, assim, delas não poder retirar a parte vencedora qualquer efeito prático. Na linha desta asserção, defende MARIA FERNANDA MAÇÃS que «*as medidas cautelares são precisamente os instrumentos que servem para evitar tal perigo. Asseguram provisoriamente a integridade dos bens ou a situação jurídica litigiosa e têm como objectivo evitar que o tempo necessário para obter a sentença final não termine por esvaziar, irreversivelmente, a execução real e efectiva das sentenças e a utilidade do recurso*» ⁽⁷⁵⁾.

Assim, o instituto da suspensão da eficácia dirige-se funcionalmente à salvaguarda do efeito útil da decisão jurisdicional que se pretende obter, num escopo de **justiça provisória**, incidindo sobre as posições subjectivas carecidas de tutela e, consequentemente, sobre a relação material controvertida subjacente ao juízo de fundo a empreender no processo principal. Por conseguinte, a suspensão da eficácia desempenha uma função substantiva, de acautelamento dos direitos e interesses em presença, resultando, ao fim e ao cabo, não obstante a sua íntima conexão com a interposição de

⁽⁷⁴⁾ V. LUCIANO PAREJO ALFONSO, *Estado Social y Administracion Publica*, Madrid, 1983, pp. 283 e ss..

⁽⁷⁵⁾ V. *Ob. e loc. cit.*, pp. 329 e 330 (sublinhados nossos).

recurso contencioso de anulação, num processo jurisdicional distinto, na causa petendi e no petitum, cuja natureza decisória se revela autónoma e é susceptível de incidir de forma decisiva na solução material do litígio ⁽⁷⁶⁾.

9. Em segundo lugar, o princípio da presunção da legalidade ⁽⁷⁷⁾ dos actos administrativos torna-se inaceitável num Estado de Direito baseado na prossecução do interesse público e no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, onde está garantida uma tutela jurisdicional efectiva englobante do recurso contencioso com fundamento em ilegalidade contra quaisquer actos administrativos que lesem tais direitos ou interesses ⁽⁷⁸⁾.

Não é, assim, de aceitar a interpretação firmada no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 17 de Dezembro de 1987, de acordo com a qual

«no incidente da suspensão, tem de se presumir a legalidade do acto recorrido, inclusivamente quanto à veracidade e exactidão dos pressupostos de facto e de direito em que se baseou» ⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁶⁾ V., neste sentido, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional cit.*, p. 667.

⁽⁷⁷⁾ O significado do princípio da presunção de legalidade dos actos administrativos apresenta-se no seio da doutrina nacional e estrangeira com pequenas variações de pormenor, havendo, como tal, bastante consenso ao nível da sua conceptualização.

Nas palavras de FREITAS DO AMARAL, ele significa que «se presume, em princípio, que todo o acto jurídico praticado por um órgão da Administração é conforme à lei, até que se venha porventura a provar que o acto é ilegal». Este autor acrescenta, no entanto, uma restrição que é a de que «esta regra não vale para os actos nulos e inexistentes; só vale para os actos anuláveis; e, por maioria de razão, obviamente, para os actos válidos» (Cfr. *Direito Administrativo*, vol. II, 1984, pp. 225).

Para CARLO LAVAGNA «a presunção de legalidade significa que os actos administrativos, a menos que sejam radicalmente nulos, devem ser considerados legais, até prova em contrário» (Cfr. *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 1985, pp. 735).

Por sua vez, CAZORLA PRIETO considera que em virtude do princípio da presunção de legalidade «os actos administrativos têm-se por válidos e produtores da sua natural eficácia jurídica desde que um interessado não demonstre a sua invalidade perante o órgão jurisdicional ou organismo competente» (Cfr. *Temas de Derecho Administrativo*, 1983, pp. 247).

⁽⁷⁸⁾ Cfr. arts. 2.º, 266.º/1 e 268.º/4 da Constituição.

⁽⁷⁹⁾ In A.D., n.º 317, p. 601; v. também Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo, de 7 de Abril de 1993, Proc. n.º 031947, 2.ª Subsecção de Contencioso Administrativo; de 12 de Janeiro de 1993, A.D., n.º 380-381, p. 849.

Conforme ficou demonstrado acima, a doutrina e a jurisprudência relacionam o princípio da presunção da legalidade dos actos administrativos com o outro princípio caracterizador dos sistemas de administração executiva: o princípio do privilégio da execução prévia.

Desta forma, o acto é legal, ou melhor, goza de força executória, não por via de qualquer presunção de legalidade, mas tão-só porque a Administração tem a faculdade de impôr a sua visão do direito nas relações com os particulares — privilégio da execução prévia. Como adverte LUCIANO MARCOS, «*se essa presunção poderia ter algum significado no Estado Liberal, onde as tarefas da administração praticamente se esgotavam numa actividade de polícia, com a obrigação de não perturbar nem ofender (ou evitar que alguém o conseguisse) os direitos e liberdades inalienáveis do indivíduo, e onde a ordem da autoridade pública se justificava em si própria, no Estado Social de Direito ela perde qualquer sentido com a intervenção da Administração em todos os sectores da vida social, como entidade prestadora de serviços e onde, naturalmente, se torna questionável o modo, a qualidade e a conformidade dessa intervenção com o interesse público e os direitos e interesses dos particulares e com a lei geral*»⁽⁸⁰⁾.

Deste modo, o chamado princípio da presunção da legalidade dos actos administrativos não é actualmetne justificável pela força imperativa dos actos administrativos, nem por alguma inclinação intrínseca por parte da Administração pelo cumprimento da legalidade, pois ele traduz-se apenas numa mera técnica operacional donde deriva, embora erradamente — como melhor demonstraremos em breve —, a regra da inversão da carga natural da prova no contencioso administrativo, ou seja, de acordo com aquele princípio a Administração beneficia da presunção de validade dos seus actos, recaindo sobre os particulares o encargo de os impugnar com vista a ilidir aquela presunção e o correspondente ónus de prova, o que constitui um dos principais obstáculos à efectividade da justiça administrativa⁽⁸¹⁾. No entanto, esta presunção não pode ser entendida no sentido de impedir o juiz de utilizar expedientes cautelares, em especial, a possibilidade de suspender temporariamente os efeitos do acto impugnado durante o tempo necessário para se obter uma decisão definitiva sobre a sua legalidade, pois que, tratando-se de uma presunção que pode ser destruída, há toda a con-

⁽⁸⁰⁾ V. *ob. cit.*, p. 78.

⁽⁸¹⁾ V. MARIA FERNANDA MAÇÃS, *ob. e loc. cit.*, p. 348.

veniência em tentar impedir que a normal lentidão do processo frustre essa possibilidade ⁽⁸²⁾.

Acresce ainda a circunstância do privilégio da execução prévia dever ceder, como já foi demonstrado, perante o direito à tutela jurisdicional efectiva. Ora, se o princípio da presunção da legalidade se encontra umbilicalmente ligado ao privilégio da execução prévia, por maioria de razão se infere que também ele deve ceder no âmbito da suspensão jurisdicional da eficácia dos actos administrativos, sob pena de se violar o direito fundamental dos administrados à tutela jurisdicional efectiva. Tanto mais que é inaceitável que a presunção de legalidade de um acto administrativo opere no âmbito de um qualquer processo judicial, como o é o da suspensão jurisdicional da eficácia dos actos.

Com efeito, entender que a própria entidade a que o particular recorre para afastar essa presunção de legalidade está vinculada a aceitá-la, constitui um contrasenso que põe seriamente em causa o próprio direito à tutela jurisdicional efectiva. É que, se o particular e o próprio tribunal, ao analisarem os requisitos de suspensão da eficácia do acto administrativo, estão vinculados a aceitar como verdadeiros os factos em que ele assenta e como correcta a interpretação e aplicação do direito que ele encerra, não se compreende sequer como seja possível obter tal suspensão. Na verdade, se encarmos a presunção de legalidade com um tal alcance acabamos por ter de considerar que o tribunal ao suspender a eficácia do acto administrativo está a assumir uma conduta ilegal, porque contrária ao acto.

Saliente-se, no entanto, que os efeitos jurídicos normalmetne assacados à presunção da legalidade não constituem verdadeiras consequências da sua consagração doutrinária e jurisprudencial. De facto, ao princípio da presunção de legalidade dos actos administrativos são atribuídos três efeitos principais:

- força de caso julgado dos actos administrativos;
- executividade dos actos administrativos e privilégio de execução prévia;
- inversão do ónus da prova.

Analisemos separadamente cada um dos efeitos apontados.

⁽⁸²⁾ *Ibidem*, p. 349.

Força de caso julgado

Por força de caso julgado do acto administrativo entende-se a aptidão que este possui de, com carácter obrigatório, definir o direito aplicável e proceder à sua aplicação numa situação concreta, fixando os direitos e os deveres da Administração e dos particulares. A atribuição deste efeito ao princípio da presunção de legalidade merece-nos, desde logo, dois reparos.

Em primeiro lugar, quanto à expressão geralmente utilizada de «caso julgado», entendemos que, como nos ensina GARCIA DE ENTERRIA, ela é tecnicamente incorrecta⁽⁸³⁾. Na verdade, a presunção de legalidade é uma presunção *juris tantum*, podendo, como tal, ser ilidida pelos particulares quer junto da própria Administração, quer, com maiores garantias, junto dos tribunais. Assim, a presunção de legalidade só opera definitivamente se os particulares a não destruírem.

Acresce ainda que os actos administrativos não têm o valor definitivo de uma sentença declarativa. Com efeito, a definitividade dos actos administrativos tem um significado bem diverso do atribuído ao valor definitivo das sentenças: a definitividade dos actos afere-se pela sua aptidão para definir situações jurídicas em termos que constituam, tendencialmente, a última palavra da Administração.

Diferentemente o valor definitivo das sentenças afere-se pela insusceptibilidade de serem «tocadas», ou seja, pela impossibilidade de obter uma nova decisão sobre o direito ou interesse em litígio. É que, a força de caso julgado mais não constitui do que uma consequência directa e imediata do poder de decisão unilateral conferido à Administração. Ora, o que o princípio da presunção de legalidade vai fazer é fixar que existe uma auréola provisória de legalidade sobre o exercício desse poder.

Na verdade, o acto presumir-se legal ou ilegal em nada afecta a possibilidade de lhe atribuir força de caso julgado e consequentemente de o considerar obrigatório. Aliás, se considerássemos que a obrigatoriedade dos actos administrativos se fundava na presunção da sua legalidade estaríamos igualmente a considerar que um acto ilegal nunca poderia ser obrigatório por força da aplicação do princípio da legalidade e, desta forma, a qualificar aquela presunção como uma verdadeira derrogação a este princípio.

(83) Cfr. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 1988, pp. 477.

A presunção de legalidade surgiria, desse modo, como uma forma de contornar o princípio da legalidade, em clara fraude à consagração constitucional deste princípio.

Consideramos, por isso, que para além de não ser correcta a utilização da expressão «força de caso julgado» para significar a obrigatoriedade que o acto administrativo reveste, esta obrigatoriedade decorre do poder de decisão unilateral da Administração enquanto manifestação do poder administrativo e não do princípio da presunção de legalidade.

Executoriedade dos actos administrativos e privilégio da execução prévia

Na lição de MARCELLO CAETANO, «*acto executório é o acto administrativo que obriga por si e cuja execução coerciva imediata a lei permite independentemente de sentença judicial*» ⁽⁸⁴⁾. São vários os autores que fazem decorrer esta característica da executoriedade, em termos de privilégio de execução prévia, do princípio da presunção de legalidade, considerando que por força deste princípio os actos serão válidos e produzirão efeitos até ser ilidida a presunção ⁽⁸⁵⁾. Este entendimento peca, porém, quanto a nós, por confundir a validade com a eficácia dos actos.

Na verdade, apenas a validade dos actos administrativos tem relação directa com a sua conformidade à lei, isto é, com a sua legalidade. Já a eficácia surge totalmente independente desta questão. Como refere FREITAS DO AMARAL o privilégio da execução prévia consiste numa forma de manifestação do poder administrativo ⁽⁸⁶⁾. No mesmo sentido, se pronuncia PIETRO VIRGA para quem a executoriedade como característica dos actos dotados do privilégio de execução prévia tem por fundamento, não a pre-

⁽⁸⁴⁾ Cfr. *ob. e vol. cit.*, pp. 447; v., no mesmo sentido, FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, cit., vol. III, 1984, pp. 159-160; e ALDO SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, vol. I, 1984, pp. 594.

⁽⁸⁵⁾ V., neste sentido, por exemplo, GARCIA DE ENTERRIA, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 1988, pp. 477; CAZORLA PRIETO, *ob. cit.*, p. 247; GUIDO LANDI e GIUSEPPE POTENZA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 1987, pp. 268; JEAN RIVERO, *Direito Administrativo*, 1981, pp. 116.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. *Direito Administrativo cit.*, vol. II, 1984, pp. 167 e 174 e segs..

suno de legalidade, nem a autotutela, mas sim o poder público exercido que se impõe imediatamente ⁽⁸⁷⁾.

Acresce ainda que, se a procura do fundamento da executoriedade na presuno de legalidade assentar na inadmissibilidade de conferir eficácia a actos ilegais, tmbm aqui valeriam as considerações que fizemos anteriormente quanto  característica da obrigatoriedade.

Inversão do nus da prova

A inversão do nus da prova como consequência do princípio da presuno de legalidade  formulada nos seguintes termos: gozando o acto administrativo da presuno de legalidade, incumbe ao recorrente o nus da prova da sua ilegalidade e da falsidade dos pressupostos respectivos ⁽⁸⁸⁾. Tal entendimento, se bem que pacificamente aceite, não merece, no entanto, o nosso acolhimento.

Na verdade, consideramos que a atribuio do nus da prova ao particular recorrente não resulta do princípio da presuno de legalidade, mas sim do poder de decisão unilateral e da natureza do recurso contencioso de anulao. Na verdade, julgamos ter aplicao no contencioso administrativo a regra geral fixada no art. 342.º do Código Civil, segundo a qual cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado, àquele que o invoca.

Com efeito, uma vez que está em causa um dado acto administrativo que constitui uma primeira aplicao do direito ao caso concreto, o direito invocado pelo requerente  o direito  sua anulao ou declarao de nulidade, pelo que  a ele que compete, nos termos da citada regra, provar os factos constitutivos desse direito, ou seja, provar a ilegalidade do acto. Aliás, esse entendimento sai reforçado se pensarmos que nas acções admi-

⁽⁸⁷⁾ Cfr. *Direito Administrativo* cit., vol. II, pp. 93.

⁽⁸⁸⁾ V. CAZORLA PRIETO, *ob. cit.*, p. 247; GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, 1985, pp. 119; GARCIA DE ENTERRIA, *ob. e vol. cit.*, p. 477; na jurisprudência portuguesa este entendimento tem grande aceitao (v. Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo, de 30 de Novembro de 1978, in *A.D.*, n.º 208, p. 423; de 6 de Março de 1980, in *A.D.*, n.ºs 224-225, p. 997; de 8 de Julho de 1982, in *A.D.*, n.º 252, p. 1506; de 19 de Junho de 1985, in *A.D.*, n.º 278, p. 157; de 4 de Fevereiro de 1986, in *A.D.*, n.º 295, p. 867; de 30 de Junho de 1988, in *A.D.*, n.º 326, p. 171; e de 28 de Setembro de 1989, in *A.J.*, n.º 1, p. 23).

nistrativas, que têm natureza subjectivista, a Administração tem o ónus de provar os factos constitutivos do direito que se arroga ou os factos impeditivos, modificativos, ou extintivos do direito do particular. Também, assim, se compreende a orientação da nossa jurisprudência no sentido de que nos processos de tipo sancionatório compete à Administração provar os factos constitutivos da infracção imputada ao arguido, por força da aplicação analógica do princípio da presunção de inocência do arguido fixado no n.º 2 do art. 32.º da Constituição ⁽⁸⁹⁾.

Podemos, deste modo, considerar que o único verdadeiro efeito da presunção de legalidade do acto administrativo apenas tem lugar no processo da suspensão jurisdicional da eficácia, mas por decorrência da prática jurisprudencial que continua a tomar por verdadeiros os pressupostos de facto do acto requerido e a considerar como correcta a interpretação e aplicação das normas aplicáveis feita pela autoridade administrativa ⁽⁹⁰⁾.

Esta decorrência revela-se tanto mais inaceitável ⁽⁹¹⁾ quanto faz perigar seriamente o direito à tutela jurisdicional efectiva que como vimos se encontra claramente consagrado no nosso ordenamento jurídico-constitucional.

⁽⁸⁹⁾ V. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 21 de Abril de 1988, in *A.D.*, n.ºs 320-321, p. 1045; v. também, quanto a esta matéria, CARBONE, *Sulla presunzione di legittimità dell'atto amministrativo*, in *Giustizia Civile*, 1980, p. 448.

⁽⁹⁰⁾ Refira-se, no entanto, que mesmo ao nível deste meio processual, a presunção de legalidade dos actos administrativos não tem sido, nem pode ser, concebida de forma completamente coerente. Na verdade, não obstante a afirmação genérica e que constitui jurisprudência pacífica de que o acto goza de presunção de legalidade que abrange, inclusivé, os seus pressupostos de facto, os tribunais administrativos têm, paralelamente, ao analisarem a verificação do pressuposto positivo da suspensão da eficácia que partir do princípio de que o particular obterá vencimento no recurso contencioso e contrariamente, ao analisarem a verificação do requisito negativo da suspensão que partir do princípio de que o particular não obterá provimento no seu recurso. Significa isto que ao analisar a verificação do requisito positivo, e ainda que de forma meramente instrumental, o tribunal é obrigado a afastar a presunção de legalidade e assentar, na análise do requisito positivo, o seu raciocínio numa verdadeira presunção de ilegalidade.

⁽⁹¹⁾ A incorrecção deste entendimento resulta ainda do facto de que se a eficácia dos actos administrativos fosse consequência da presunção de legalidade, a sua suspensão passaria impreterivelmente pela demonstração e reconhecimento, ainda que em termos sumários, da ilegalidade do acto e não, como acontece, pela ponderação dos interesses em presença. Ora, o nosso ordenamento jurídico afastou claramente o *fumus bonus iuris* como fundamento justificador da suspensão de eficácia, tendo-se concentrado no outro dos fundamentos que tradicionalmente justificam as providências cautelares — o *periculum in mora*.

10. Saliente-se, aliás, que esta afectação não resulta sequer da falta de mecanismos jurídicos aptos a melhor salvaguardarem o efeito útil da decisão final do recurso contencioso de anulação, ou, numa outra perspectiva, a melhor salvaguardarem a posição jurídico-subjectiva dos intervenientes.

Com efeito, em termos de direito comparado, constata-se a existência de «*vários sistemas utilizados para prevenir situações de irreparabilidade. Os sistemas em causa podem reconduzir-se a três modelos de suspensão da eficácia das decisões administrativas. Por ordem de intensidade decrescente há a considerar:*

- a) *Atribuição de efeito suspensivo ao decurso do tempo em que a decisão é impugnável;*
- b) *Atribuição de efeito suspensivo à impugnação da decisão* ⁽⁹²⁾;
- c) *Suspensão dos efeitos da decisão a pedido do particular afectado* ⁽⁹³⁾.

No caso português, o legislador ordinário optou pelo modelo em que a protecção revela menor intensidade, o que foi objecto de agravamento pela consagração jurisprudencial de interpretação restritiva dos requisitos cumulativos de concessão da suspensão. Tal opção, se bem que possível no momento em que foi feita ⁽⁹⁴⁾, conflitua, em nossa opinião, com o direito à tutela jurisdicional efectiva ⁽⁹⁵⁾ que veio a ser consagrado com a revisão constitucional de 1982 e aperfeiçoado e desenvolvido com a revisão de 1989.

Por isso, julgamos hoje que a consideração da suspensão da eficácia como uma garantia fundamental própria de um Estado de direito baseado, além do mais, na prossecução do interesse público e no respeito pelos direitos e interesses legítimos ⁽⁹⁶⁾ acarreta a inconstitucionalidade do art. 76.º/1

⁽⁹²⁾ É o que se passa no ordenamento jurídico alemão (cfr. § 80 da VwGo).

⁽⁹³⁾ Cfr. PEDRO MACHETE, *Ob. e loc. cit.*

⁽⁹⁴⁾ Reportamo-nos aqui ao momento da entrada em vigor do Regulamento do Supremo Tribunal Administrativo (cfr. art. 60.º) e não ao momento da entrada em vigor da Lei de Processo dos Tribunais Administrativos que se limitou a reafirmar o regime jurídico anterior e relativamente ao qual já existiam a maioria das objecções que enunciámos (porque posterior à revisão constitucional de 1982).

⁽⁹⁵⁾ Sobre a configuração e desenvolvimento dos termos deste conflito normativo v. pontos 13 e ss.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. arts. 2.º e 266.º/1 da Constituição.

da LPTA, concernente o requisito negativo estabelecido na lei para a concessão dessa providência.

Nos termos do art. 76.º/1 do Decreto-Lei n.º 267/85, de 16 de Julho (LPTA),

«A suspensão da eficácia do acto recorrido é concedida pelo tribunal quando se verificarem os seguintes requisitos:

- a) A execução do acto cause provavelmente prejuízo de difícil reparação para o requerente ou para os interesses que este defende ou venha defender no recurso;*
- b) A suspensão não determine grave lesão do interesse público;*
- c) Do processo não resultem fortes indícios de ilegalidade da interposição do recurso».*

Conforme resulta deste normativo, o requisito negativo da inexistência de grave lesão para o interesse público constitui um facto impeditivo da suspensão da eficácia requerida ou, por outras palavras, constitui uma restrição à garantia fundamental em que a suspensão da eficácia se traduz, cabendo ao particular a alegação e a demonstração dos factos que conduzam à verificação de prejuízos de difícil reparação e que, eventualmente, resultem da eficácia imediata do acto impugnado. Como já foi referido, a suspensão jurisdicional da eficácia de actos administrativos procura tutelar a posição dos particulares numa determinada relação jurídico-administrativa, precavendo a alteração, gravemente lesiva ou irreversível, da esfera jurídica destes por via de actos unilaterais de autoridade.

11. Desse modo, de acordo com PEDRO MACHETE, *«um instituto que evidencia o conflito entre as prerrogativas de direito público e a garantia das posições jurídicas subjectivas dos particulares»*, pelo que *«os valores liberdade/legalidade encontram nele uma conciliação problemática: a liberdade exige a consistência prática das posições jurídicas dos particulares; a legalidade implica, não só uma prossecução prioritária do interesse público, como também um cumprimento da lei que não seja indiferente do ponto de vista prático e que, portanto, assegure um conteúdo útil às decisões jurisdicionais»* ⁽⁹⁷⁾.

⁽⁹⁷⁾ V. ob. e loc. cit., pp. 236 e 237 (sublinhados nossos).

A ordem jurídica, ao prevenir as situações de danos irreparáveis, ou dificilmente reparáveis, em consequência de decisões administrativas ilegais, vai ter de adequar a eficácia própria do poder administrativo, isto é, a sua unilateralidade dotada do privilégio da execução prévia e do princípio da presunção da legalidade dos actos administrativos, à **protecção efectiva** da esfera jurídica dos particulares. Aliás, na suspensão da eficácia o acto administrativo surge apenas como o momento da transformação das posições relativas dos sujeitos da relação, e a investigação concentra-se na configuração que ela provavelmente terá quando for proferida a sentença de fundo do recurso ⁽⁹⁸⁾. Pelo que, a tutela das posições subjectivas dos particulares, em termos de efectividade, não se compadece com restrições amplas e desnecessárias do direito à tutela judicial efectiva, criadoras de autênticos espaços de imunidade e arbítrio da actividade administrativa.

12. Nesta perspectiva, o n.º 1 do art. 76.º da LPTA está viciado de inconstitucionalidade por violação do direito fundamental dos administrados à tutela jurisdicional efectiva, consagrado nos arts. 20.º e 268.º/4 e 5 da Constituição.

Desde logo, o aludido requisito negativo entremostra-se redundante, porquanto a «*suspensão da eficácia de um acto administrativo causa sempre lesão do interesse público*» ⁽⁹⁹⁾. Radicando o acto unilateral de autoridade pública na própria razão de ser da Administração Pública, a sua eficácia imediata justifica-se apenas por exigências decorrentes da prossecução do interesse público. Daí que a sua suspensão comprometa sempre o interesse público em causa, pelo menos de acordo com a configuração que a Administração lhe atribui.

Acresce que, conforme tem sido prática reiterada da jurisprudência administrativa portuguesa, a suspensão só é de conceder quando, dadas as circunstâncias do caso, o concreto interesse público prosseguido pelo acto em causa não fica definitivamente comprometido pela eventual suspensão da sua prossecução imediata ⁽¹⁰⁰⁾. Esta interpretação jurisprudencial, autorizada pela redacção do preceito legal em causa, não deixa de comportar

⁽⁹⁸⁾ V. CLAUDIO MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 70.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. PEDRO MACHETE, *ob. e loc. cit.*, p. 288.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr., neste sentido, Acórdãos do STA, de 12 de Janeiro de 1988 in *A.D.*, 350/152, de 7 de Novembro de 1991 in *A.D.*, 368-369/1003, e de 4 de Fevereiro de 1992 in *A.D.*, 367/878.

duas consequências gravosas, entre si conexas, para o direito de defesa jurisdicional efectivo dos administrados.

Por um lado, a valoração da gravidade da lesão do concreto interesse público prosseguido pelo acto surge desfasada da realidade hodierna da actividade administrativa, no sentido de que esta já não quadra nos limites estritos de um concreto interesse público, mas se desenvolve em atenção a uma pluralidade de interesses. Com efeito, alguma doutrina germânica entende a *discrecionariedade* em termos de liberdade de escolha de fins ⁽¹⁰¹⁾, avultando, nesse âmbito, a chamada *discrecionariedade do planeamento*, no quadro da qual a norma indica uma pluralidade de fins/interesses a prosseguir, mas não procede à sua hierarquização nem fornece qualquer critério que a Administração deva respeitar para efeitos de precedência ou prioridade de uns fins/interesses em relação aos outros.

Aliás, trata-se de uma questão candente em certos ramos especiais do Direito Administrativo, maxime no Direito do Urbanismo, onde começa a ganhar consistência a ideia da inexistência de um único interesse público urbanístico primário por contraposição ao surgimento de interesses públicos sectoriais, e mesmo locais, resultantes de opções concretas ⁽¹⁰²⁾. O interesse público urbanístico seria, então, a prossecução de vários interesses sectoriais e locais, harmonizados entre si e com os interesses privados. Em face desta realidade, afinal corolário lógico do desenvolvimento do Estado social de direito e da consequente multiplicação de exigências que o mesmo coloca, os tribunais administrativos, para além de correrem o risco de se imiscuir na margem de livre decisão da Administração, não logram apurar com rigor da gravidade da lesão do interesse público, pois este não surge em termos unívocos, mas antes diluído numa miríade de interesses públicos sectoriais e locais.

Desta forma, a inexactidão necessariamente decorrente dessa apreciação judicial afecta, de forma ilícita, o direito à tutela jurisdicional efectiva presente no instituto da suspensão da eficácia dos actos administrativos, dado que vai bulir com a segurança jurídica necessária à actuação daquele direito.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr., a este propósito, SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos cit.*, p. 494.

⁽¹⁰²⁾ V. sobre esta matéria, por todos, ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Coimbra, 1989, pp. 282 e 283.

Por outro lado, mais grave ainda, as dificuldades proporcionadas pelo cometimento aos tribunais administrativos da valoração do grau de lesão do interesse público são susceptíveis de proporcionar situações de denegação de justiça, como a do acórdão do Venerando Supremo Tribunal Administrativo, de 3 de Novembro de 1987, no qual se afirmou *expressis verbis*:

«À Administração é que compete tomar as medidas concretas, apropriadas e indispensáveis à prossecução do interesse público e aos tribunais do contencioso administrativo apenas compete apreciar a legalidade dessas medidas; e, por isso, se estes afirmassem que a execução de um despacho que decretou a expropriação por utilidade pública de certo imóvel, implicava uma grave lesão do interesse público, isso representaria uma intromissão ilegítima do poder judicial na função administrativa» ⁽¹⁰³⁾.

Como é fácil de constatar, neste aresto põe-se em causa a defesa dos direitos e interesses legítimos dos particulares ao recusar-se proceder à apreciação da gravidade da eventual lesão para o interesse público concretamente prosseguido pelo acto em causa, ignorando-se simultaneamente que a suspensão da eficácia de determinado acto tem por objecto, não a legalidade dos actos, mas sim uma relação jurídico-administrativa tal como ela é configurada pelo particular. Aliás, esta instabilidade judicial explica-se pelo facto de o art. 76.º/1 da LPTA ser fruto de uma ideia material de Direito inerente à actividade administrativa abolida pela Constituição.

De facto, a contraposição radical entre os dois bens, *interesse do requerente* e *interesse público*, não parece a mais ajustada ao problema da tutela provisória dos particulares face a decisões administrativas ilegais. Conforme foi salientado, a Administração e a sociedade já não podem ser vistas como pólos de interesses antagónicos, aceitando-se que os bens *garantia dos direitos dos particulares* e *prossecução do interesse público* careçam de ponderação. Só que tal ponderação decorre já do ordenamento jurídico, nomeadamente do art. 266.º/1 da Constituição, uma vez que a prossecução do interesse público com desrespeito pelos direitos e interesses legítimos dos particulares surge deslocada da orientação traçada pela Constituição.

⁽¹⁰³⁾ V. B.M.J., 371/529.

Este princípio surge concretizado no art. 3.º do Código do Procedimento Administrativo, referindo MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM, em sede de interpretação deste preceito legal, que *«mesmo quando a prossecução do interesse público constituir já o único critério de actuação da Administração Pública — por se terem esgotado as vinculações derivadas da lei e e outros princípios gerais —, ela há-de ter sempre como limite inultrapassável o respeito por essas posições jurídicas de terceiros»* ⁽¹⁰⁴⁾. Desenvolvendo esta ideia, afirma PEDRO MACHETE que *«o que não pode perder-se de vista é que a própria definição do interesse público pelo ordenamento jurídico-administrativo já co-envolve uma definição de limites externos à actividade da Administração destinados a garantir o respeito efectivo dos direitos e interesses legítimos dos particulares»* ⁽¹⁰⁵⁾.

Em sintonia com esta opinião, afirma MARIA FERNANDA MAÇÃS que *«o que se nos afigura excessiva é a afirmação de que todo o acto administrativo está ao serviço do interesse geral e que este exige sempre a eficácia imediata dos actos»*.

O interesse público pode nem sempre exigir a imediata execução do acto, designadamente, quando é patente o fundamento para a sua anulação» ⁽¹⁰⁶⁾.

Neste sentido, o requisito negativo necessário à concessão da suspensão da eficácia dos actos administrativos surge contrário às posições subjectivas dos particulares juridicamente tuteladas, porquanto se constitui expediente para comprimir desmesuradamente o núcleo fundamental do direito à tutela jurisdicional efectiva.

Acresce ainda que, o preenchimento e a interpretação da cláusula do *prejuízo irreparável ou de difícil reparação*, plasmada na alínea a) do art. 76.º da LPTA, surgem sempre condicionados pelo requisito negativo em causa. Como nos dá conta MARIA FERNANDA MAÇÃS, a propósito da interpretação restritiva daquela cláusula, os tribunais inclinam-se amiúde *«para não suspenderem a eficácia do acto impugnado em prol da primazia do interesse público e do respeito pelo princípio da separação de pode-*

⁽¹⁰⁴⁾ V. *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, Coimbra, 1993, vol. I, p. 148.

⁽¹⁰⁵⁾ V. *ob. e loc. cit.*, p. 296.

⁽¹⁰⁶⁾ V. *ob. e loc. cit.*, p. 353 (sublinhados nossos).

res estaduais, acabando-se por, dessa maneira, garantir aos administrados, em muitas situações, uma justiça meramente formal» ⁽¹⁰⁷⁾.

E esta interpretação jurisprudencial, autorizada — repetimos — pelos termos em que se encontram plasmados os requisitos do n.º 1 do art. 76.º da LPTA, é tanto mais inaceitável, porquanto tem sido reiterada, em situações de irreversibilidade, designadamente naquelas em que está em causa a demolição de edifícios, a extradição de pessoas ou a recusa de entrada em território nacional ⁽¹⁰⁸⁾.

13. O direito à tutela jurisdicional efectiva no contencioso administrativo, decorrente dos arts. 20.º e 268.º/4 e 5 da Constituição, consubstancia um direito fundamental de natureza análoga ⁽¹⁰⁹⁾ aos direitos, liberdades

⁽¹⁰⁷⁾ V. *ob. e loc. cit.*, p. 334 (sublinhados nossos).

⁽¹⁰⁸⁾ Refira-se, aliás, que o requisito positivo da alínea a) do n.º 1 do art. 76.º da LPTA não deixa, por si só, de conflitar com o direito à tutela jurisdicional efectiva. Com efeito, a simples interposição de recurso é suficientemente reveladora de que o particular é lesado na sua esfera jurídica pelo acto administrativo, justificando essa lesão a suspensão da eficácia. O que importa determinar, e a isso se deveria cingir a apreciação de uma eventual suspensão ou execução, é se existem razões de interesse público que justifiquem afastar a suspensão, ou seja, que exijam a execução imediata. Tal seria a solução mais correcta à luz do próprio regime jurídico dos direitos fundamentais, nos termos do qual um direito fundamental apenas pode ser restringido para assegurar a salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente consagrado. Como veremos em seguida, estando o direito à tutela judicial efectiva sujeito ao regime jurídico dos direitos fundamentais, o afastamento da suspensão de eficácia dos actos administrativos, aquando da interposição de recurso contencioso, apenas pode visar a prossecução de um interesse público específico constitucionalmente consagrado. Daqui resulta, para além do mais, que, desde que o interesse público não exija a execução imediata do acto administrativo, é irrelevante se os prejuízos que derivam da execução do acto, para o particular, são reparáveis ou irreparáveis, pois nada justificaria a execução imediata do acto.

⁽¹⁰⁹⁾ Acolhe-se a posição de VIEIRA DE ANDRADE quanto ao critério de identificação dos direitos de natureza análoga, no sentido de que essa analogia deve respeitar cumulativamente a dois elementos: primeiro, tratar-se de uma posição subjectiva individual que possa ser referida de modo imediato e essencial à ideia de dignidade da pessoa humana; segundo, poder essa posição subjectiva ser determinada a um nível que deva ser considerado materialmente constitucional (cfr. *ob. cit.*, p. 211). Este entendimento parece ser o que melhor se coaduna com a concepção, pacificamente aceite na doutrina, da matéria dos direitos fundamentais como visando a prossecução de valores ligados à dignidade humana dos indivíduos, implicando, por conseguinte, o predomínio no plano axiológico e funcional de uma irredutível dimensão subjectiva. Por outro lado, a referência à ideia de Constituição material remete para o referencial axiológico prevalente e acolhido na comunidade jurídica que deve inexoravelmente impregnar a maté-

e garantias, entendido como um direito fundamental constitucional fora do catálogo, pelo que lhe é aplicável o regime destes ⁽¹¹⁰⁾, mormente o seu regime material. A intervenção legislativa nesta matéria encontra-se, em consequência, constitucionalmente rodeada de cautelas e exigências acrescidas no caso de implicar restrições de direitos fundamentais, de molde a prevenir a desvirtuação da função de garante último assacada aos direitos fundamentais ⁽¹¹¹⁾ ⁽¹¹²⁾.

Neste sentido, dispõe-se no art. 18.º/2 e 3 da Constituição que

«2. *A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições*

ria dos direitos fundamentais. Em contraposição, o critério proposto por GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA parece-nos, por um lado, demasiado fluído e impreciso ao determinar os direitos de natureza análoga por referência àqueles que revistam natureza de liberdade ou de direito de defesa e, bem assim, àqueles que, embora sem essa natureza, sejam de natureza idêntica a direitos «positivos» incluídos no âmbito dos direitos, liberdades e garantias, seja os de carácter pessoal, seja os de participação política, seja os específicos dos trabalhadores (cfr. *Constituição cit.*, p. 141). Desde logo, a referência a direitos elencados e qualificados no texto constitucional como direitos, liberdades e garantias é meramente formal, ignorando, por conseguinte, a dimensão axiológica característica da matéria dos direitos fundamentais; por outro lado, fundar materialmente a analogia na natureza de liberdade e de direito de defesa peca por insuficiência, pois se bem que reconduza aos atributos da dignidade da pessoa humana individual, deixa de lado os direitos de participação e os direitos a prestações.

⁽¹¹⁰⁾ V. art. 17.º da Constituição. Cfr. ainda, para uma síntese dos traços estruturais do regime dos direitos, liberdades e garantias, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição cit.*, pp. 140 e 141.

⁽¹¹¹⁾ V., sobre a distinção entre as restrições de direitos liberdades e garantias e figuras afins, JORGE MIRANDA, *ob. e vol. cit.*, pp. 296 e ss., e VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 226 e ss.. Tenha-se sempre presente que nem toda a intervenção legislativa em matéria de direitos fundamentais se configura como restritiva, justificando-se a maior parte das vezes como mera conformação. No entanto, os contornos entre ambas as figuras nem sempre se delimitam facilmente em termos abstractos, devendo ser apreciados à luz da situação concreta atento o critério da não inibição da realização de um direito fundamental (v., sobre a distinção entre as figuras da restrição e da conformação, a posição do Tribunal Constitucional expressa no Acórdão n.º 289/92, de 2 de Setembro de 1992, in *Diário da República*, II Série, n.º 217, de 19 de Setembro de 1992, p. 8838).

⁽¹¹²⁾ Cfr. ainda, sobre o procedimento de restrição de direitos, liberdades e garantias, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional cit.*, pp. 613 e 614. Este autor aponta três instâncias constitutivas desse procedimento: 1.ª) delimitação do âmbito de protecção da norma; 2.ª) averiguação do tipo, natureza e finalidade da restrição; 3.ª) controlo da observância dos limites estabelecidos pela Constituição às leis restritivas.

limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

3. *As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais».*

Considerando, por ora, apenas a problemática da restrição na óptica dos princípios da proibição do excesso (art. 18.º/2) e da salvaguarda do núcleo essencial (art. 18.º/3), temos que qualquer restrição deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida) e, do mesmo passo, manter incólume o conteúdo essencial dos direitos fundamentais ⁽¹¹³⁾. É, pois, em atenção a estes breves considerandos prévios que importa aquilatar da consagração legal do instituto da suspensão prévia no nosso ordenamento jurídico.

14. Como vimos, a possibilidade de suspensão da eficácia dos actos administrativos integra o conteúdo mínimo e essencial do direito à tutela jurisdicional efectiva, não se podendo afirmar, como bem salienta o Cons. LUÍS NUNES DE ALMEIDA, «*que a suspensão da eficácia dos actos administrativos de que se tenha interposto (ou venha a interpor) recurso contencioso com vista a obter a sua anulação é, por ora, uma garantia que apenas tem assento legal — uma garantia que por isso mesmo, o legislador pode, sem inconstitucionalidade, retirar pura e simplesmente ou modelar diferentemente*» ⁽¹¹⁴⁾. Significa isto que, atenta a aplicabilidade directa dos direitos fundamentais e a vinculação das entidades públicas e privadas aos mesmos, a possibilidade de suspensão da eficácia dos actos administrativos sempre resultaria do disposto nos arts. 20.º e 268.º/4 e 5 da Lei Fundamental.

⁽¹¹³⁾ Note-se que toda a restrição violadora do conteúdo essencial de um direito fundamental desrespeita sempre o princípio da proibição do excesso, mas que o inverso não é verdadeiro. Com efeito, bem pode acontecer que uma restrição legislativa de um direito, liberdade e garantia ou um direito fundamental de natureza análoga seja inadequada, desnecessária e/ou desproporcional, mas que não envolva a aniquilação do núcleo essencial do direito fundamental. Cfr., a propósito da discussão na doutrina alemã sobre o conteúdo essencial, VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 233 e ss..

⁽¹¹⁴⁾ V. declaração de voto proferida no Acórdão n.º 187/88, de 17 de Julho, in *Diário da República*, II Série, n.º 205, de 5 de Setembro de 1988.

A consagração legal da suspensão da eficácia dos actos administrativos, talqualmente se encontra recortada no art. 76.º da LPTA, revela-se, contudo, como uma intervenção restritiva do legislador em matéria do direito fundamental à tutela jurisdicional efectiva no âmbito do contencioso administrativo. É que, atendendo ao critério da inibição, ou não, do exercício da realização dos direitos fundamentais como distintivo das figuras da restrição e da conformação, verificamos que o requisito constante da alínea b) do n.º 1 daquele preceito legal afecta inegavelmente o conteúdo do direito fundamental à tutela judicial efectiva reconhecido aos particulares na jurisdição administrativa.

Com efeito, fazer depender, num sistema administrativo executivo como o nosso, as decisões judiciais favoráveis sobre a suspensão da eficácia da inexistência de grave lesão do interesse público equivale, na prática, a inibir a realização da garantia à via judiciária efectiva no contencioso administrativo ⁽¹¹⁵⁾. Este entendimento escuda-se, claro está, na pressuposição jurisprudencial vigente de que, quer o privilégio da execução prévia, quer o princípio da presunção da legalidade dos actos administrativos, perpassam toda a actividade administrativa. Ora, a aceitação da vigência ilimitada destes princípios conduz à ilação de que a Administração prossegue o interesse público subordinada à lei, e de que, por conseguinte, as suas actuações justificam-se, à partida, pelo cumprimento da lei e pela urgência de realizar o interesse público. Daqui deriva, então, uma dupla presunção judicial de legalidade e de urgência, levando a que apenas em situações e condições excepcionais os interesses dos particulares afectados possam sustentar temporariamente a eficácia dos actos administrativos ou, doutra perspectiva, pôr em risco a realização do interesse público.

E nem se afirme que a restrição operada no art. 76.º/1/b) da LPTA é justificada pelo interesse público tutelado. É que essa restrição deve, por um lado, limitar-se ao necessário para a salvaguarda do interesse público, não podendo afectar ilimitadamente a extensão e o alcance do conteúdo

⁽¹¹⁵⁾ Não deixa de ser curioso notar que até em França, onde o sistema administrativo executivo encontra as suas raízes e cuja estrutura ainda hoje se funda num rigoroso esquema formal, não consta de qualquer dos requisitos da suspensão uma cláusula semelhante à da alínea b) do art. 76.º/1 da LPTA — o que atesta bem da intervenção fortemente restritiva do legislador português na consagração legal do instituto da suspensão da eficácia. Cfr., para mais desenvolvimentos sobre a suspensão da eficácia no sistema francês, PEDRO MACHETE, *ob. e loc. cit.*, pp. 257 e ss..

essencial do direito à suspensão da eficácia e de eventuais direitos fundamentais que o particular pretende acautelar com esse meio contencioso ⁽¹¹⁶⁾. Nesta linha, ensina FREITAS DO AMARAL que «*se estiver em causa um acto administrativo cuja execução imediata cause prejuízo de difícil reparação a um direito fundamental do particular, a suspensão deve ser concedida mesmo que dela advenha uma lesão grave para o interesse público*» ⁽¹¹⁷⁾.

Ora, daqui se infere que nunca pode a verificação da grave lesão para o interesse público servir de motivo de improcedência da suspensão da eficácia dos actos administrativos, bastando, pois, para o provimento da suspensão a verificação do requisito constante da alínea *a*) do art. 76.º/1 da LPTA. Assim, e na prática, o requisito negativo vertido na alínea *b*) dessa norma redundaria na negação do direito à suspensão da eficácia em absoluto por consubstanciar uma restrição desproporcionada e desnecessária em nome do interesse que se pretende salvaguardar e, simultaneamente, lesiva do núcleo fundamental do direito à tutela jurisdicional efectiva, violando a regra da restrição das restrições contidas no art. 18.º/2 e 3 da Constituição.

Em consequência, o requisito negativo da alínea *b*) do art. 76.º/1 da LPTA envolve o desrespeito das posições subjectivas dos particulares, que se pretendem acauteladas por via do instituto da suspensão da eficácia, impossibilitando-se, desse modo, a satisfação do conteúdo mínimo e essencial do direito dos particulares à competente tutela judicial.

15. Por outro lado, a reserva de lei, em matéria de restrição de direitos fundamentais, leva implicada as exigências de precisão e determinabilidade normativas, entendidas como garante dos princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança dos cidadãos. Entende, nesta perspectiva, GOMES CANOTILHO que o princípio da precisão ou determinabilidade se reconduz às seguintes ideias:

- 1) **Exigência de clareza das normas legais**, pois de uma lei obscura ou contraditória pode não ser possível, através da interpretação,

⁽¹¹⁶⁾ V. os citados n.ºs 2 e 3 do art. 18.º da Constituição.

⁽¹¹⁷⁾ V. *Direito Administrativo* cit., vol. IV, Lisboa, 1988, p. 313.

obter um sentido inequívoco, capaz de alicerçar uma solução jurídica para o problema concreto;

2) **Exigência de densidade suficiente na regulamentação legal**, pois um acto legislativo que não contém uma disciplina suficiente concreta — ou seja, densa ou determinada — não oferece uma medida jurídica capaz de:

Alicerçar **posições juridicamente protegidas dos cidadãos**;

Constituir uma **norma de actuação para a Administração**;

Possibilitar, como **norma de controlo**, a fiscalização da legalidade e a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos ⁽¹¹⁸⁾.

As implicações do princípio da precisão ou da determinabilidade das leis devem ser percebidas no quadro mais vasto das relações «legiferação-aplicação da lei», na medida em que a indeterminabilidade normativa pode significar delegação da competência de decisão, isto é, pode traduzir-se em situações onde a lei deixa ao aplicador amplos poderes de decisão, reconduzindo-se, assim, a um problema de distribuição de tarefas entre o legislador e o aplicador das leis ⁽¹¹⁹⁾ ⁽¹²⁰⁾. Na verdade, prosseguindo na esteira de GOMES CANOTILHO, essas **cláusulas abertas** podem dar cobertura a uma inversão das competências constitucionais e legais, colocando o problema de saber em que medida o legislador pode confiar tarefas de normação a outras entidades diferentes das legiferantes, o que torna indissociável do problema de densidade da disciplina legal as questões do próprio fundamento e extensão do poder regulamentar, do âmbito de autorização legal para o exercício de poderes discricionários por parte da Administração e da natureza dos poderes da Administração quando aplica cláusulas gerais e conceitos indeterminados ⁽¹²¹⁾.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. *Direito Constitucional* cit., pp. 376 e 377 (sublinhados nossos).

⁽¹¹⁹⁾ V., neste sentido, a posição do Tribunal Constitucional sustentada no Acórdão n.º 285/92, de 22 de Julho in *Diário da República*, I Série, n.º 188, de 17 de Agosto de 1992, p. 3973.

⁽¹²⁰⁾ Por aplicador da lei entende-se aqui, não apenas os órgãos da Administração Pública, mas também os órgãos do poder judicial. Cfr., sobre a margem de livre apreciação conferida ao juiz em sede da suspensão jurisdicional da eficácia dos actos administrativos, CLAUDIO MONTEIRO, *ob. cit.*, pp. 42 e ss.

⁽¹²¹⁾ V. *Direito Constitucional* cit., p. 377; cfr., equacionando o problema da relação entre determinabilidade das leis e reserva de lei, SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual* cit., pp. 53 e 339-340.

Esta mesma problemática voltou a ser ponderada pelo Tribunal Constitucional no seu Acórdão n.º 447/92, de 2 de Setembro, no sentido de que

«Constituindo um corolário do princípio do Estado de direito (a lei como garantia de liberdade face à Administração) e do princípio democrático (a lei como consentimento dos cidadãos e como resultado de um procedimento assente na publicidade, no contraditório e no debate), à reserva de lei não pode corresponder uma escassa densificação normativa, capaz de contornar a distribuição constitucional das tarefas de legislação e administração e inviabilizar, quanto a estas um controlo efectivo pelos tribunais» ⁽¹²²⁾.

A exigência de determinabilidade ganha particular acuidade no domínio das leis restritivas, com especial relevo no âmbito das leis que introduzam restrições ao gozo e/ou ao exercício de direitos fundamentais. O problema tem sido equacionado pela doutrina em sede das relações entre o legislador e a Administração, residindo, conforme o entendimento de SÉRVULO CORREIA, em saber se se deve e pode proibir a existência de zonas de discricionariedade nos actos administrativos, definida quer pela possibilidade de aditamento aos pressupostos legalmente estabelecidos de outros pelo órgão titular do poder discricionário, quer pela utilização pelo legislador de conceitos indeterminados respeitantes aos pressupostos, a praticar ao abrigo de diplomas emanados na área de reserva de acto legislativo e, em caso negativo, se se deve e pode impor um nível mais reduzido do que o geralmente admissível para tal discricionariedade ⁽¹²³⁾. A perspectiva que aqui nos interessa, contudo, se bem que conexas com o grau admissível de abertura das normas, reporta-se à margem de livre decisão reconhecida ao poder judicial na valoração dos requisitos da suspensão da eficácia. Trans-

⁽¹²²⁾ V. *Diário da República*, II Série, n.º 217, de 19 de Setembro de 1992, p. 8840.

⁽¹²³⁾ Cfr. *Legalidade e Autonomia Contratual* cit., pp. 336 e ss., incluindo uma resenha das mais relevantes posições sustentadas na doutrina portuguesa, a partir das quais o ilustre administrativista conclui pela dificuldade de definir através de métodos conceitualistas a linha geral de separação entre os domínios vedados à discricionariedade administrativa e, em consequência, envereda pelo método tópico, tomando como pontos de partida os fundamentos da reserva de lei, isto é, (a) a função garantística, (b) a função de *indirizzo* e (c) a função de salvaguarda da prossecução do interesse público e da racionalidade administrativa.

pondo, então, os contributos doutriniais em sede das relações entre o legislador e a Administração para este domínio, diremos que, se a norma restritiva de direitos, liberdades e garantias ou de direitos fundamentais de natureza análoga **só é constitucionalmente legítima se se constituir em *indirizzo* para a Administração e salvaguardar a função garantística relativamente aos administrados, do mesmo modo só o será enquanto se erigir em parâmetro do controlo para os tribunais e respeitar aquela função garantística.**

Ora, atento o especial regime a que se encontram sujeitas as restrições aos direitos, liberdades e garantias constante do art. 18.º da Constituição, em especial dos seus n.ºs 2 e 3, e em articulação com o princípio da segurança jurídica inerente a um Estado de direito democrático (art. 2.º da Constituição), forçoso se torna reconhecer que, em função de um critério ou princípio da proporcionalidade a que deverão estar vinculadas as aludidas restrições, o grau de exigência de determinabilidade e precisão da lei há-de ser tal que garanta aos destinatários da norma um conhecimento preciso, atempado e exacto dos critérios legais que os órgãos do poder jurisdicional hão-de usar na apreciação das suas pretensões. Pretende-se, desta forma, a diminuição dos riscos excessivos que, para esses destinatários, resultariam de uma normação indeterminada quanto aos próprios pressupostos de actuação dos juízes, bem como orientá-los por via de critérios que, sem tolherem a sua liberdade de escolha, salvaguardem o núcleo essencial da garantia dos direitos e interesses dos particulares constitucionalmente protegidos em sede de definição do âmbito de previsão normativa do preceito (*Tatbestand*) — no caso vertente, os arts. 20.º e 268.º/4 e 5 da Constituição — e permitam aos tribunais um controlo objectivo efectivo da adequação das concretas actuações da Administração face ao conteúdo da norma legal ⁽¹²⁴⁾.

Assim, não deixam de se suscitar naturais dúvidas acerca da constitucionalidade do n.º 1 do art. 76.º da LPTA, na medida em que restringe o direito à tutela jurisdicional efectiva plasmado na garantia fundamental da suspensão da eficácia dos actos com base no conceito indeterminado de

⁽¹²⁴⁾ Acolhe-se, mais uma vez, adaptando-se à margem de livre decisão reconhecida aos juízes, a posição do Tribunal Constitucional sustentada no Acórdão n.º 285/92, de 22 de Julho, in *Diário da República*, I Série, n.º 188, de 17 de Agosto de 1992, p. 3973.

grave lesão para o interesse público, sem cuidar de assegurar critérios objectivos destinados a uma cabal aferição jurisdicional da gravidade dessa lesão. Além de que remete a procedência do pedido de suspensão da eficácia dos actos administrativos impugnados para uma cláusula aberta, designadamente o prejuízo de difícil reparação para o requerente ou para os interesses que este defenda ou venha a defender no recurso, que, devido à sua vaguidade, permite a prevalência do critério da reparação pecuniária pelo da restauração natural — como resulta bem claro da análise da jurisprudência acima citada —, retirando praticamente todo o sentido útil ao instituto da suspensão da eficácia e contrariando, em consequência, o direito à tutela judicial efectiva. Como bem escreve nesta sede GUGLIELMO SAPORITO, «dano irreparável não deve ser equiparado a dano irressarcível, uma vez que todo o dano pode ser reparado economicamente. Uma visão contrária minaria de raiz a possibilidade de acções cautelares administrativas, já que em abstracto nenhum dano é insusceptível de reparação e consequentemente nenhum dano poderia justificar a suspensão do acto»⁽¹²⁵⁾.

Posterga-se, deste modo, o princípio da legalidade administrativa, na sua vertente de parâmetro de controlo da actividade da Administração Pública por banda dos tribunais, denegando-se, ao fim e ao cabo, o direito a uma tutela jurisdicional que se quer efectiva. Do mesmo passo, a ausência dos critérios indicados viola o princípio da segurança do Estado de direito democrático, denunciado no art. 2.º da Constituição, no sentido de que não confere aos cidadãos um quadro legal e seguro quanto às opções do poder judicial, e, simultaneamente, não fornece aos tribunais elementos objectivos suficientes de sindicância das implicações da suspensão da eficácia de determinado acto administrativo para o interesse público.

⁽¹²⁵⁾ V. *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato*, Nápoles, 1981, p. 35 (sublinhados nossos).